

**DIE BEDEUTUNG UNRECHTSBETONENDER AUSDRÜCKE
WIE "RECHTSWIDRIG", "UNBEFUGT" UND DERGLEICHEN
IN STRAFGESETZEN IM HINBLICK AUF DIE ABGRENZUNG
VON TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM**

von

Manfred Seume

aus

Meiningen/Thür.

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546208_0076

**DIE BEDEUTUNG UNRECHTSBETONENDER AUSDRÜCKE
WIE "RECHTSWIDRIG", "UNBEFUGT" UND DERGLEICHEN
IN STRAFGESETZEN IM HINBLICK AUF DIE ABGRENZUNG
VON TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM**

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Manfred Seume

aus

Meiningen/Thür.

DIE BEDEUTUNG UNRECHTSBETONENDER AUSDRÜCKE
WIE "RECHTSWIDRIG", "UNBETÜGT" UND DERGLEICHEN
IN STRAFGESETZEN IM HINBLICK AUF DIE ABGRENZUNG
VON TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades
des Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Doktors
an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



Referent: Professor Dr. G. Warda

Tag der mündlichen Prüfung: 20. 12. 1968

Von
Maximilian Zeum
aus
München/Thür.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	
Abkürzungsverzeichnis	
Einleitung	1
<u>TEIL I</u>	
Stand der Meinungen	5
A. Reichsgericht	5
B. Bundesgerichtshof	13
C. Schrifttum	20
1. Anhänger der Meinung, die Erwähnung unrechtsbetonender Ausdrücke in Straf- gesetzen sei für die Irrtumsbehandlung bedeutungslos	20
2. Anhänger der Meinung, bei Erwähnung unrechtsbetonender Ausdrücke in Straf- gesetzen sei das Bewußtsein der Rechts- widrigkeit Voraussetzung der Strafbar- keit	22
3. Autoren, welche die unrechtsbetonenden Ausdrücke in Strafgesetzen als Tatbe- standsmerkmale oder allgemeine Verbre- chensmerkmale deuten	23
4. Autoren, die (außer der Bestimmung un- rechtsbetonender Ausdrücke in Strafge- setzen als Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale) noch andere Auslegungen vertreten (Blankett- merkmale, Rechtspflichtmerkmale, spe- zielle Schuldmerkmale)	28
D. Entwurf 1962	34
E. Zusammenfassung	36
<u>TEIL II</u>	
Beurteilung der einzelnen Meinungen und Trennung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei unrechtsbetonenden Ausdrücken	37
A. Auswirkungen und rechtsgrundsätzliche Kritik der bisher vertretenen Deutungen unrechtsbetonender Ausdrücke	37

1. Tatbestandsmerkmal	37
2. Allgemeines Verbrechensmerkmal	45
3. Blankettmerkmal	46
4. Rechtspflichtmerkmal	53
a) Welzels Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen	53
b) Roxins Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen	61
5. Rechtspflichtmerkmal und zugleich spezielles Schuldmerkmal	64
B. Methoden zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei unrechtsbetonenden Ausdrücken	67
1. Methoden zur Unterscheidung von Tatbestandsmerkmal und allgemeinem Verbrechensmerkmal	67
2. Methoden zur Unterscheidung von Tatbestandsmerkmal und Blankettmerkmal	75

TEIL III

Ermittlung der Bedeutung unrechtsbetonender Ausdrücke in einzelnen Strafgesetzen	77
A. Die Bedeutung des Ausdrucks "rechtswidrig"	77
1. a) § 240	77
b) § 253	89
c) § 105, 106	91
d) § 108	93
2. a) § 242, 249	95
b) § 246	101
c) § 248c I	103
3. a) § 263	104
b) § 300 III, 298 IV 3	113
c) § 353 I	115
d) § 353 II	117
4. a) § 303	119
b) § 305	120
c) § 304	121
d) § 248c III	122
5. § 289	124
6. § 355	126

B. Die Bedeutung des Ausdrucks "zu Unrecht" in § 253	128
C. Die Bedeutung der Ausdrücke "widerrechtlich" und "öhne-Befugnis"	130
1. § 123	130
2. § 124	134
3. § 239	136
D. Die Bedeutung des Ausdrucks "pflichtwidrig"	139
1. § 356	139
2. § 315a I Nr. 2	145
E. Die Bedeutung der Wendung "ohne hierzu berechtigt zu sein" in § 341	148
F. Die Bedeutung des Ausdrucks "unberechtigt" in § 277	151
G. Die Bedeutung des Ausdrucks "unbefugt"	153
1. § 107a	153
2. § 109e	159
3. § 132	162
4. § 132a	166
5. § 136	170
6. § 168	172
7. § 290	174
8. § 296a	176
9. §§ 298, 353d II	178
10. § 300 I, II 2	182
11. § 353b	186
12. § 353c I, II	188
13. § 360 I Nr. 7	189
14. § 368 Nr. 9	190
15. § 368 Nr. 10	192
16. § 368 Nr. 10a	193
17. § 370 I Nr. 1	194
18. § 370 I Nr. 2	196
H. Die Bedeutung des Ausdrucks "Unbefugter" in §§ 94 I Nr. 2, 95, 97	197

I. Die Bedeutung der Ausdrücke "unbefugterweise" und "ohne gesetzliche Befugnis"	200
1. § 127	200
2. § 299	203
K. Die Bedeutung der Wendung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen"	205
1. § 354	205
2. § 355	207
L. Die Bedeutung des Ausdrucks "eigenmächtig" in § 109c I, III, §§ 15, 16 WStG	209
M. Die Bedeutung des Ausdrucks "ohne behördliche Erlaubnis"	214
1. Vorbemerkung: Geltung der Schuldtheorie auch im Bereich der Ordnungswidrigkeiten	214
2. Die Irrtumsbehandlung bei dem Ausdruck "ohne behördliche Erlaubnis"	218

TEIL IV

Zusammenfassung und Auswertung der Ergebnisse	226
---	-----

Literaturverzeichnis

(Zitierweise unterstrichen)

LEHRBÜCHER, KOMMENTARE, MONOGRAPHIEN

- Arndt, Herbert Wehrstrafrecht, 2. Auflage, München und Berlin 1966.
- von Bar Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin 1907, Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin 1909.
- Baumann Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 5. Auflage, Bielefeld 1968.
- Beling Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, Tübingen 1930.
- Binding Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band: Schuld und Vorsatz, 2. Hälfte: Der rechtswidrige Vorsatz, 2. Auflage, Leipzig 1916.
- Bindokat Kritisches zum Verbotsirrtum, JZ 1953, S. 71ff. Urteilsanmerkung, NJW 1962, S. 686.
- Blei Der Tatbestandsbegriff des § 59 StGB und der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Diss. München 1956.
- Bockelmann Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht, Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 363ff.
Literaturbericht, Besprechung von Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, ZStW 69. Band, S. 270ff.
Literaturbericht, Besprechung von Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, ZStW 70. Band, S. 639ff.

- Bruns, Hans-Jürgen Der untaugliche Täter im Strafrecht, Karlsruhe 1955.
- Busch Urteilsanmerkung, LM Nr.4 zu § 253 StGB.
Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 165ff.
Der Verbotsirrtum, Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, S. 333ff.
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961.
- Graf zu Dohna Recht und Irrtum, Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.
Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, Bonn 1941.
- Dreher Urteilsanmerkung, MDR 1962, S. 592.
Urteilsanmerkung, NJW 1968, S. 851.
- Dreher-Lackner-Schwalm Wehrstrafgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958.
- Engisch Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70. Band, S. 566ff.
Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band I, Karlsruhe 1960, S. 401ff.
- Hold von Ferneck Die Rechtswidrigkeit, 1. Band: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903.
- Fiedler Anmaßung und Erschleichen eines öffentlichen Amtes, Diss.Bonn, 1962.
- Firnhaber Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, Diss. Bonn, 1956.
- Frank Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931.

- Friauf Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1962, S. 422ff.
- Furger Unrechtsbewußtsein, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Rechtsirrtum, Diss. Zürich, 1957.
- Gallas Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67. Band, S.1ff.
- Geier Urteilsanmerkung, LM Nr. 16 zu § 59 StGB.
- Geppert Der strafrechtliche Parteiverrat, Darmstadt 1961.
- Germann Methoden der Rechtsfindung, SchwZStR 79. Band, S. 365ff.
- Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz, München 1968.
- Goldmann Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, Diss. Freiburg im Breisgau, 1967.
- Goldschmidt, Werner Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Berlin und Leipzig 1931.
- Gutmann Parteiverrat und Ehescheidungsprozeß, AnwBl 1963, S. 90ff.
- Hanack Hausfriedensbruch durch Testkäufer, JuS 1964, S. 352ff.
- Hartl Die Irrtumsproblematik bei § 356 StGB, Diss. München, 1962.
- Hartung Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, DRZ 1949, S. 342ff.
Urteilsanmerkung, NJW 1953, S. 552f.
- Hesse Strafbare Patentverletzung und Irrtum, GA 1968, S. 225ff.
- Hinderling Persönlichkeit und subjektives Recht. Die ärztliche Aufklärungspflicht. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 66, Basel 1963.

- von Hippel Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum, VDAT, III. Band, Berlin 1908, S. 373ff.
Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.
- Hirsch Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn 1960.
Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74. Band, S. 78ff.
Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ 1963, S. 149ff.
- Holtfort Irrtümer über die Rechtswidrigkeit und ihre Behandlung nach RStGB, Diss. Göttingen, 1952.
- von Jaschke Der Begriff Unbefugt im Strafrecht, Diss. Göttingen, 1949.
- Käab-Rösch Bayerisches Landesstraf- und Verordnungs-gesetz, 1. Auflage, München 1958; 2. Auflage, München 1967.
- Kaufmann, Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954.
- Kaufmann, Arthur Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949.
Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961.
- Kempf Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen. Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte. Diss. Hamburg, 1965.
- Kitzinger Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal Band 55, S. 1ff.
- Köhler Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904. Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
- Kohlhaas Kommentierung des Wehrstrafgesetzes bei Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band III, München und Berlin.
- Kohlrausch Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I. Teil, Berlin 1903.

- Kohlrausch-Lange Straßengesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage, Berlin 1961.
- Kunert Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin 1958.
- Lackner-Maassen Straßengesetzbuch mit Erläuterungen, 4. Auflage, München und Berlin 1967.
- Lang Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63. Band, S. 332ff.
- Lange Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, S. 9ff.
Der Straßengesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, S. 73ff.
Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, S. 519ff.
Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, S. 233ff.
Zur Preisgabe von Staatsgeheimnissen, JZ 1965, S. 297ff.
- Lang-Hinrichsen Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, S. 184ff.
Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, S. 302ff, 356ff.
Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ 1953, S. 362ff.
Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten zum 43. DJT 1960, Band I, 3. Teil, Heft B.
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
- Leipziger Kommentar Straßengesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 1. Band, 8. Auflage, Berlin 1957; 2. Band, 8. Auflage, Berlin 1958.
- Lemp Die Abgrenzung des Rechtsirrtums von der irrigen Vorstellung über den Sachverhalt in der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts, Schw ZStr Band 76, S. 404ff.

- von Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
23. Auflage, Berlin und Leipzig 1921.
- Lohberger Blankettstrafrecht und Grundgesetz,
Diss. München, 1968.
- Lucas Die subjektive Verschuldung im
heutigen deutschen Strafrecht, Berlin
1883.
Anleitung zur strafrechtlichen Praxis,
Berlin 1912.
- Maurach Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
2. Auflage, Karlsruhe 1958.
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Auflage, Karlsruhe 1965.
Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil,
4. Auflage, Karlsruhe 1964.
Zur Problematik der Rechtsbeugung
durch Anwendung sowjetischen Rechts,
ROW 1958, S. 177ff.
Die Beiträge der neueren höchst-
richterlichen Rechtsprechung zur Bestim-
mung des Wahnverbrechens, NJW 1962,
S. 716ff und 767ff.
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stutt-
gart und Köln 1953.
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studien-
buch, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967.
- Mayer, Max Ernst Der allgemeine Teil des deutschen
Strafrechts, Heidelberg 1915.
- Meyer-Allfeld Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
7. Auflage, Leipzig 1912.
- Mezger Strafrecht, Lehrbuch, 3. Auflage,
Berlin und München 1949.
Wandlungen der strafrechtlichen Tat-
bestandslehre, NJW 1953, S. 2ff.
- Mezger-Blei Strafrecht, I. Allgemeiner Teil,
12. Auflage, München und Berlin 1967.
Strafrecht, II. Besonderer Teil,
9. Auflage, München und Berlin 1966.
- Michels Strafbare Handlung und Zuwiderhand-
lung, Berlin 1963.

- Mohrbotter Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung im Strafrecht, GA 1967, S. 199ff.
- Nagler Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Binding, Band II, S. 273ff.
- Naka Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, S. 210f.
- Netzler Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, Bonn 1961, Schriftenreihe des Instituts "Finanzen und Steuern", Heft 63.
- von Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 1927.
- Paul Die strafrechtliche Ahndung im Seeverkehrsrecht. Ein Beitrag zur Ausfüllung strafrechtlicher Blankettgesetze. Köln-Berlin-Bonn-München 1965.
- Renner Die Einwilligung als Tatbestandsmangel und als Rechtfertigungsgrund, Diss. München, 1962.
- Rösch-Meiser Bayerisches Forststrafgesetz, Kommentar, München 1966.
- Rotberg Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1964.
- Roxin Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959.
- Sauer Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Heilbehandlung und Einwilligung, Gerichtssaal Band 113, S. 79ff. Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, Berlin 1955.
- Sax Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem, Annales Universitatis Saraviensis, 1955, S. 415ff.
- Schaffstein Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das

- OLG Celle, Göttingen 1961, S.175ff.
Soziale Adäquanz und Tatbestands-
lehre, ZStW 72. Band, S. 369ff.
- Schmidt, Eberhard Empfiehlt es sich, die Dreiteilung
der strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welchen Gesichtspunkten
ist das kriminelle Unrecht vom Ver-
waltungsunrecht abzugrenzen? Ndschr.
Band 1, Grundsatzfragen, Anhang B,
Nr. 1, S. 333ff.
- Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 13.
Auflage, München und Berlin 1967.
- Schröder Vorsatz und Schuld, MDR 1950, S.
646ff.
Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR
1951, S. 387ff.
Die Irrtumsrechtsprechung des BGH,
ZStW 65. Band, S. 178ff.
Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zu-
eignungs- und Bereicherungsabsicht,
DRiZ 1956, S. 69f.
Urteilsanmerkung, JZ 1957, S. 584ff.
Urteilsanmerkung, JR 1962, S. 347ff.
Zum Vermögensbegriff bei Betrug und
Erpressung, JZ 1965, S. 513ff.
- Schwalm Verhandlungen des 45. DJT in Karls-
ruhe 1964, Teil D, Sitzungsbericht
der Verhandlungen der Strafrechtli-
chen Abteilung, Referat D, S. 7ff,
München und Berlin 1965.
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch, 30. Auflage,
München 1968.
- Schweikert Die Wandlungen der Tatbestandslehre
seit Beling, Karlsruhe 1957.
- Stooss Rechtswidrigkeit und Verbrechen,
SchwZStr 10. Band, S. 351ff.
- Vländen-Grüter Der Irrtum über Voraussetzungen, die
für § 240 II StGB beachtlich sind,
GA 1954, S. 359ff.
- Warda Die Verbotsirrtumsregelung des § 31
WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die
allgemeine Irrtumsbestimmung des §
59 StGB, JR 1950, S. 546ff.

Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955.
Literaturbericht, Besprechung von Geerds, Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung, ZStW 75. Band, S. 299ff.

von Weber

Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, S. 260ff.
Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 183ff.
Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuches auswirken?
Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 279ff., Bonn 1954.

Wegner

Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951.

Weidenbach

Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze, Diss. Tübingen 1965.

Weinberg

Der Verbotsirrtum, Bonn 1928.

Weiz

Die Arten des Irrtums, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 286, Breslau 1931.

Welzel

Das Deutsche Strafrecht, 10. Auflage, Berlin 1967, zitiert: Lehrbuch.
Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, MDR 1952, S. 584.
Urteilsanmerkung, JZ 1953, S. 119ff.
Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug, NJW 1953, S. 652f.
Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Summationsirrtum), JZ 1954, S. 276ff.
Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67. Band, S. 196ff.
Urteilsanmerkung, JZ 1955, S. 455f.
Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, S. 238ff.
Urteilsanmerkung, JZ 1957, S. 130ff.
Urteilsanmerkung, JZ 1960, S. 179f.

Vom Bleibenden und vom Vergänglichem
in der Strafrechtswissenschaft, Mar-
burg 1964.

Württemberg

Vom Rechtsstaatsgedanken in der Leh-
re der strafrechtlichen Rechtswid-
rigkeit, Festschrift für Theodor
Rittler, Aalen 1957, S. 125ff.

GESETZESMATERIALIEN

Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der
Strafrechtslehrer, Bonn 1954.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts-
kommission, Band 1 (1956), Band 2 (1958), Band 5 (1958),
Band 6 (1958), Band 7 (1959), Band 8 (1959), Band 9 (1959),
Band 10 (1959), Band 13 (1960), Bonn.

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, mit Be-
gründung, Bundestagsdrucksache - 4. Wahlperiode - Nr. 650.

Protokoll der 38. Sitzung des Sonderausschusses "Straf-
recht" des Deutschen Bundestages vom 21.1.1965 - 4. Wahl-
periode 1961 - S. 721ff.

Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Vierten Strafrechts-
änderungsgesetzes, Bundestagsdrucksache - 2. Wahlperiode
1953 - Nr. 3039, S. 8ff.

Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Wehrstrafgesetzes,
Bundestagsdrucksache - 2. Wahlperiode 1953 - Nr. 3040, S.
12ff.

Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes
zur Sicherung des Straßenverkehrs, Bundestagsdrucksache -
4. Wahlperiode 1961 - Nr. 651, S. 9ff.

Regierungsentwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten
(OWiG) mit Begründung, Bundestagsdrucksache - 5. Wahlperi-
ode 1965 - Nr. 1269.

Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die
Strafrechtsreform, Bundestagsdrucksache - 5. Wahlperio-
de 1965 - Nr. 2860.

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Beschränkung des
Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu
Artikel 10 Grundgesetz) mit Begründung, Bundestagsdruck-
sache - 5. Wahlperiode 1965 - Nr. 1880.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
AkadG	Gesetz über die Führung akademischer Grade
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ApothG	Gesetz über das Apothekerwesen
Art.	Artikel
ArzneimG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BayObLGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BestechVO	Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen vom 3.5.1917/22.5.1943 (RGBl. I 351, BGBI. III 2034-1)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BLG	Bundesleistungsgesetz

BMinG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bundesministergesetz)
BPersVertrG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Bundesrechtsrahmengesetz)
BSeuchG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz)
BT	Besonderer Teil
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWahlG	Bundeswahlgesetz
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
E	Entwurf
EnergG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz)
FN	Fußnote
FernmAnlG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
GA	Goltdammer's Archiv
GeschlKrG	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GS	Der Gerichtssaal
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
HandwO	Handwerksordnung

HGB	Handelsgesetzbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KreditG	Gesetz über das Kreditwesen
KriegswaffG	Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)
LB	Lehrbuch
LebmG	Gesetz über den Verkehr mit Lebens- mitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz)
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofs, herausgegeben von Lindenmaier- Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Ndschr.	Niederschriften
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PaßG	Gesetz über das Paßwesen
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
ROW	Recht in Ost und West
RPresseG	Reichsgesetz über die Presse
RVO	Reichsversicherungsordnung
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Straf- recht
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz)

SprengstG	Gesetz über den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen
StatG	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
VDAT	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
VGH	Verwaltungsgerichtshof
WassHaushG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WStG	Wehrstrafgesetz
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Paragraphen ohne Angabe eines Gesetzes sind solche des Strafgesetzbuches. Römische Zahlen bezeichnen die Absätze, arabische die Sätze.

E I N L E I T U N G

=====

Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen kommt der Trennung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum erhebliche praktische Bedeutung zu. Die Gerichte müssen sich häufig mit Problemen der strafrechtlichen Irrtumslehre befassen. Die Rechtswissenschaft schenkt diesem Rechtsgebiet seit langem erhöhte Aufmerksamkeit. Obwohl die Grundsätze der Schuldtheorie überwiegend anerkannt sind, haben sich doch bei der Anwendung auf den Einzelfall oft Schwierigkeiten ergeben.¹⁾ Die Ergebnisse der Judikatur werden mitunter als willkürlich und widersprüchlich empfunden.²⁾ Wiederholt wurde von einem Teil der Lehre erklärt, die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum hänge von gesetzestechnischen Zufälligkeiten ab³⁾, sie sei unmöglich und unlösbar⁴⁾ oder allenfalls nach dem Rechtsgefühl vornehmbar.⁵⁾ Lang-Hinrichsen meint, nicht durch einen Erkenntnisakt, sondern nur durch einen Willensakt könne entschieden werden, was dem

1) Vgl. Maurach AT § 23 I B 4; Mezger-Blei AT § 65 II 4; Lackner-Maassen § 59 Anm. III 3c; Schönke-Schröder § 59 Rdnr 96, 105ff; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II D 3, 4, 5, E 3; Käab-Rösch Art. 2 Rdnr 39; Göhler § 6 Anm. 4.

2) Vgl. Schönke-Schröder § 59 Rdnr 108, Schröder MDR 1951, S. 387ff; Baumann LB § 27 III 3a.

3) Von Weber JZ 1951, S. 262; Schröder MDR 1950, S. 649; Lang ZStW 63. Band, S. 338 f; Roxin S. 129ff.

4) Schönke-Schröder § 59 Rdnr 107ff, Schröder MDR 1950, S. 646ff und ZStW 65. Band, S. 178ff, 205; Lang-Hinrichsen JR 1952, S. 184ff, 302ff, 356ff und JZ 1953, S. 362ff; Bindokat JZ 1953, S. 71ff; Dohna, Recht und Irrtum, S. 17ff, 29; Bockelmann, Ndschr. 2. Band, S. 39, 57.

5) Furger S. 241.

einen und dem anderen Bereich zuzurechnen sei.⁶⁾ Sax versucht sogar, die angebliche Unlösbarkeit der Unterscheidung beider Irrtumsarten mit der "immanenten Begrenzung allen juristisch-dogmatischen Denkbemühens" zu rechtfertigen.⁷⁾

Die vorliegende Arbeit unternimmt es, die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum in einem Bereich zu klären, in dem das Gesetz selbst durch die Verwendung unrechtsbetonender Ausdrücke besondere Probleme für die Unterscheidbarkeit der beiden Irrtumsarten aufgibt. Unter unrechtsbetonenden Ausdrücken sind Gesetzeswendungen zu verstehen, die nach ihrem Wortsinn auf einen Widerspruch zur Rechtsordnung hinweisen. Die häufigsten Erscheinungen dieser Art in Strafgesetzen sind die Begriffe "rechtswidrig" und "unbefugt"; sie treten aber auch in einer Reihe ähnlicher Formen auf. Welche Bedeutung die Verwendung derartiger Gesetzesausdrücke für die Irrtumsunterscheidung hat, ist zweifelhaft und bestritten. Eine klare und in allem überzeugende Lösung der dabei auftretenden Fragen scheint bisher nicht gelungen. Als sicher kann jedoch nach den Ergebnissen der bis jetzt angestellten Untersuchungen gelten, daß die Beurteilung nicht für alle unrechtsbetonenden Gesetzesausdrücke einheitlich ausfällt. Vielmehr ist eine Einzelbetrachtung erforderlich. Es sollen deshalb der Inhalt und der rechtliche Charakter folgender Merkmale mit ihren Auswirkungen für die Irrtumslehre ermittelt werden:

"Rechtswidrig" in §§ 105, 106, 108, 240, 242, 246,

6) Gutachten S.100.

7) S.416, 418, 424.

248c I, III, 249, 253, 263, 289, 298 IV 3, 300 III, 303, 304, 305, 353I, II, 355;

"zu Unrecht" in § 253;

"widerrechtlich" in §§ 123, 124, 239;

"pflichtwidrig" in §§ 315 a I Nr.2, 356;

"ohne hierzu berechtigt zu sein" in § 341;

"unberechtigt" in § 277;

"unbefugt" in §§ 107a, 109e, 132, 132a, 136, 168, 290, 296a, 298, 300 I, II 2, 353b, 353c I, II, 353d II, 360 I Nr.7, 368 Nr.9, 10 und 10a, 370 I Nr.1 und 2;

"Unbefugter" in §§ 94 I Nr.2, 95, 97;

"ohne Befugnis" in § 123;

"unbefugterweise" in §§ 127, 299;

"ohne gesetzliche Befugnis" in § 127;

"in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" in §§ 354, 355;

"eigenmächtig" in §§ 15, 16 WStG, 109cI, III;

"ohne behördliche Erlaubnis".

Die Arbeit beginnt mit einem Überblick über den Meinungsstand. Die Ansichten der Rechtsprechung, des Schrifttums und des Entwurfs 1962 werden dargestellt. Es folgen eine Erörterung der Auswirkungen der bisher vertretenen Auffassungen sowie deren grundsätzliche kritische Würdigung. Hierbei wird die Schuldtheorie zugrunde gelegt. Unter "Tatbestand" wird die Beschreibung der Deliktstypen verstanden, zu denen die Rechtfertigungsgründe nicht gehören (Leitbildtatbestand). Anschließend soll versucht werden, die für die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Bereich der Strafgesetze mit unrechtsbetonenden Ausdrücken maßgebenden Kriterien zu entwickeln. Anhand dieser Kriterien werden sodann Lösungsvorschläge zur Bestim-

mung der Rechtsnatur der oben im einzelnen angegebenen unrechtsbetonenden Ausdrücke unterbreitet. Die Zusammenfassung und Auswertung der dabei gefundenen Ergebnisse beschließen die Arbeit.

T E I L I
=====

STAND DER MEINUNGEN

A. Reichsgericht

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum strafrechtlichen Irrtum ist inzwischen überholt. Die vor dem ehemals höchsten deutschen Gericht geäußerte Meinung (z.B. in RGSt 1, 21f; 3, 10; 11, 167; 15, 159; 20, 394; 22, 417; 26, 308; 27, 419; 32, 402f; 37, 142; 49, 143; 51, 12f; 53, 84f; 55, 96f; 56, 148f; 56, 171; 56, 410; 59, 297; 73, 278f; GA 38. Bd., S.179 und 41.Bd., S.388), die Hervorhebung von "rechtswidrig", "unbefugt" und ähnlichen Wendungen bedeute, daß der Gesetzgeber hier ausnahmsweise das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit ver-
lange, bleibt jedoch von Interesse. Häufig berufen sich noch heute Anhänger der Schuldtheorie im Rahmen der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei unrechtsbetonenden Merkmalen auf Entscheidungen des Reichsgerichts.⁸⁾

Ein großer Teil der Rechtslehre folgert aus der wiederholt bekundeten Auffassung des Reichsgerichts, es habe beim Irrtum über unrechtsbetonende Begriffe eine

8) Vgl. z.B. Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 123 FN 7b, S.157, § 132 FN 2, S.164, § 136 FN 4, S.169 f, § 341 FN 2, S.408; Kohlrausch-Lange § 132 Anm. VI, § 299 Anm. VI; Lackner-Maassen § 136 Anm.4; Schwarz-Dreher § 123 Anm.4, § 127 Anm. 1B, § 132 Anm.3, § 136 Anm. 3, § 168 Anm. 3C, § 299 Anm. 3, § 341 Anm. 2; LK § 123 Anm. V, § 132 Anm. VIII, § 136 Anm. V, § 299 Anm. 6, § 341 Anm. V, vqr allem § 368 Anm. IX 4.

Ausnahme von seinen Grundsätzen zugelassen.⁹⁾ Dagegen wird eingewandt, das Reichsgericht habe auch hier nur den Tatsachen- und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum für beachtlich gehalten.¹⁰⁾ Die letztere Auffassung trifft meines Erachtens zu. Das Reichsgericht hat dem Irrtum über unrechtsbetonende Wendungen keine Sonderbehandlung eingeräumt, so daß die Berufung auf reichsgerichtliche Entscheidungen sinnlos ist.

Das Reichsgericht erwähnte die Meinung, daß Bewußtsein der "Unbefugtheit" oder "Rechtswidrigkeit" sei Erfordernis der Strafbarkeit, meistens beiläufig, ohne daß es hierauf ankam. Eine Untersuchung einschlägiger freisprechender oder einen Freispruch bestätigender Urteile ergibt, daß es sich, soweit ersichtlich, in keinem Fall auf das ihm nachgesagte Ausnahmeprinzip gestützt hat.

In RGSt 8, 104 wurde die Revision gegen ein freisprechendes Urteil verworfen. Das Reichsgericht erklärte, die Strafbarkeit bei § 341 setze voraus, daß der Vor-

9) Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 239 FN 2, S.284, aber anders § 59 FN 1b, S.78; Baumann LB § 12 II 1c, § 27 I 1a; Frank § 59 Anm. III 2; von Liszt FN 5, S.183, zu § 41 III; von Olshausen § 59 Anm. 31c; Meyer-Allfeld FN 11, S. 142f; Hartung DRZ 1949, S.342; Beling § 24a I 2a; Binding S. 951f; Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b; Dreher-Lackner-Schwalm § 15 RInr 17; Roxin S.28.

10) Kohlrausch-Lange § 59 Anm. II 2g; von Hippel VDAT III. Band, S.556f; Lucas, Verschuldung S. 92ff, Praxis S. 136ff; Kohlrausch S. 77ff; Mezger LB § 44 II 4; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, § 3 I; Köhler AT § 28 II 3c, Rechtsirrtum S. 10f; H. Mayer § 39 III 3; von Bar Band II, § 220; Wegner S. 158ff; Weinberg S. 73; Werner Goldschmidt S. 36; Maurach AT, 2. Auflage, § 37 I A 1; Holtfort S. 68 f; Kempf S. 65.

satz sich auf die Rechtswidrigkeit erstrecke. Der Beamte müsse das Bewußtsein haben, die Grenzen seiner Befugnis zu überschreiten. Entschuldigend wirke der Irrtum über das tatsächliche Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen der Verhaftung im konkreten Fall, über die Grenzen seiner gesetzlichen Zuständigkeit und darüber, welche Voraussetzungen das Gesetz zu einer Verhaftung fordere. § 341 verlange nicht die Kenntnis vom Dasein und Inhalt dieser Strafdrohung. Es genüge die Kenntnis der Voraussetzungen, welche das Gesetz für eine vorläufige Festnahme aufstelle. Das Reichsgericht legte demnach, wie auch sonst, nur dem Irrtum über Tatsachen, außerstrafrechtliche Rechtsbegriffe und die rechtlichen Grenzen eines außerhalb des Strafgesetzes geregelten Rechtfertigungsgrundes vorsatzausschließende Wirkung bei. Ebenso wird diese Entscheidung von RGSt 11, 90, 96, 58, 247, 250 und BGHSt 31.8.1955, 3 StR 170/55 (nicht veröffentlicht) gedeutet. Ähnlich ist das in GA 41. Bd., S.388 abgedruckte Urteil zu interpretieren, das sich ausdrücklich RGSt 8, 104 anschließt.

Bei dem RGSt 12, 194 zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte zwei Personen vorläufig festgenommen in der irrigen Meinung, zwei Jagdfrevler auf frischer Tat betroffen zu haben. Das Reichsgericht hielt ihm einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechts zur Festnahme, also einen Tatsachenirrtum, zugute (RGSt 12, 197).

In RGSt 19, 87 bestätigte das Reichsgericht einen Freispruch. Der Angeklagte hatte Alleebäume umgehauen und fortgeschafft (§ 304). Da die Bäume von seinem Vater gepflanzt worden waren, sie seinem anliegenden Acker schädlich waren und die Wegnahme öffentlich er-

folgte, hatte er an ein Recht zur Sachbeschädigung geglaubt. Das Reichsgericht dürfte hier einen Irrtum über ein außerstrafrechtliches Selbsthilferecht angenommen haben. In diesem Sinn legte es diese Entscheidung später selbst aus (RGSt 58, 250).

In RGSt 19, 209 wurde die Revision gegen einen Freispruch verworfen. Das Reichsgericht betonte ausdrücklich (S.211), der Angeklagte habe sich in einem Irrtum über die zivilrechtlichen Befugnisse des Jagdberechtigten befunden, welcher die Anwendbarkeit des § 303 ausschließe.

In dem vom Reichsgericht in GA 38.Bd., S.179 entschiedenen Fall zu § 240 glaubte der Angeklagte, in erlaubter Selbsthilfe und in Notwehr zu handeln. Das Reichsgericht rügte, daß der Tatrichter den Einwand des Angeklagten, lediglich im Bewußtsein seines Rechts gehandelt zu haben, nicht gewürdigt habe. Aus dem Urteil geht nicht hervor, worin die Ursache des Irrtums gesehen wurde. Ein Vergleich mit RGSt 25, 150 legt die Annahme nahe, daß das Reichsgericht einen außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum für gegeben erachtete. In dieser, zu einem gleichgelagerten Sachverhalt ergangenen Entscheidung wurde darauf hingewiesen, daß der Richter prüfen müsse, ob der Irrtum des Angeklagten auf Verkennung der strafrechtlichen Norm oder auf Unkenntnis des wahren Sachverhaltes beruhe, insbesondere auf Unkenntnis von zivilrechtlichen Normen. Eine rechtsirrtümliche Auffassung des Strafgesetzes würde dem Angeklagten nicht zustatten kommen, wohl aber ein tatsächlicher Irrtum, namentlich auch ein Irrtum über die ihm nach den Grundsätzen des Zivilrechts zustehenden Wege zur Geltendmachung seines Rechtes (S.151). An diese letztere Möglichkeit

dürfte das Reichsgericht bei seiner Entscheidung in GA 38.Bd., S.179 gedacht haben.

Die Urteile RGSt 28, 269 und 58, 308 lassen erkennen, daß das Reichsgericht jeweils einen zivilrechtlichen Irrtum bejahte. In RGSt 26, 308 (zu § 136) wollte es nur dann § 59 anwenden, wenn der Angeklagte der Meinung war, durch die Befriedigung des Gläubigers sei die Pfändung von selbst erloschen, eine besondere obrigkeitliche Anordnung sei also nicht mehr notwendig. Hierin dürfte ein außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum (über die Zwangsvollstreckungsbestimmungen) erblickt worden sein.

In RGSt 56, 147 verlangte das Reichsgericht das Bewußtsein der Unbefugtheit des Waffenbesitzes. Unbefugt sei der Besitz, wenn der Besitzer die nach § 1 der Verordnung vom 10.4.1920 durch die Behörde festzusetzende Frist zur Ablieferung erfolglos verstreichen lasse, sofern für ihn keine Ausnahme von der Ablieferungspflicht gelte. Der Angeklagte war der irrigen Meinung, als Mitglied der Bürgerwehr zur Ablieferung nicht verpflichtet zu sein. Vermutlich hat das Reichsgericht in dem Irrtum über die Ablieferungspflicht einen außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum gesehen.

In RGSt 71, 253 bestätigte das Reichsgericht einen Freispruch von der Anklage des Parteiverrats, da der Vorsatz des Angeklagten nicht das Merkmal der Pflichtwidrigkeit umfaßt habe. Der Irrtum über die Berufspflichten eines Rechtsanwaltes war für das Reichsgericht ein außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum (vgl. RGSt 58, 250f; 60, 302; 62, 158; 62, 295ff; 72, 141).

Das Reichsgericht verwarf in RGSt 72, 86 die Revision des Nebenklägers gegen einen Freispruch. Der Angeklag-

te, ein Mitglied des Steuerausschusses, hatte Steuerakten einem Dritten in der irrigen Meinung ausgehändigt, dies sei ihm nicht verboten. Das Reichsgericht bezeichnete "unbefugt" als Tatbestandsmerkmal. § 412 AO a.F. (jetzt § 400 AO n.F.) nehme zur Ergänzung auf § 22 II und III AO Bezug. Der Irrtum über diese nicht dem Strafrecht angehörenden Normen dürfte für das Reichsgericht ein außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum gewesen sein.

Die von Dreher¹¹⁾ zitierten Entscheidungen beruhen nicht auf dem Grundsatz, die Hervorhebung eines unrechtsbetonenden Begriffs bedeute das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit. In RGSt 20, 393 (unrichtig genannt: RGSt 20, 323) erwähnte das Reichsgericht diese Ansicht nur beiläufig, ohne daß das Urteil hierauf gestützt wurde. Die Revision des Angeklagten wurde verworfen. In RGSt 26, 265 hob das Reichsgericht sogar ein wegen Irrtums freisprechendes Urteil auf. Die von Baumann¹²⁾ angeführten Entscheidungen RGSt 19, 87 und 19, 209 wurden bereits erörtert. In RGSt 49, 140 bestätigte das Reichsgericht die Verurteilung wegen Diebstahls. In den von Schäfer¹³⁾ erwähnten Urteilen RGSt 27, 419, 41, 82 und 59, 297 hatten die Angeklagten das Unrechtsbewußtsein hinsichtlich der Freiheitsberaubung bzw. das Bewußtsein der Unbefugtheit der Amtsanmaßung.

In Wahrheit hat das Reichsgericht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei den Strafgesetzen, die unrechtsbetonende Ausdrücke aufweisen, nicht in weiterem Um-

11) Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4.

12) LB § 27 I 1a.

13) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 132 FN 2, S.164, § 239 FN 2, S.284.

fang als sonst verlangt. Es prüfte auch in diesen Fällen sorgfältig, worin das Fehlen des Unrechtsbewußtseins seine Ursache hatte. Beruhte es auf der Unkenntnis von Tatsachen oder außerstrafrechtlichen Rechtssätzen, so wurde § 59 angewandt. Hatte es andere Gründe, so war es unbeachtlich. Dies zeigen die Entscheidungen RGSt 4, 124, 4, 328, 11, 90, 19, 298, 25, 150, 27, 418, 58, 247 und 62, 289. Besonders RGSt 58, 247, 249ff enthält klare Ausführungen. Das Reichsgericht erklärte, die Aufnahme von "rechtswidrig" oder "pflichtwidrig" in ein Strafgesetz habe zwar zur Folge, daß nach der inneren Seite dem Täter auch das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit nachgewiesen werden müsse. Eine grundsätzliche Änderung im Inhalt des Vorsatzes werde aber dadurch nicht herbeigeführt. Wie bei den übrigen Merkmalen sei ein Irrtum nur dann erheblich, wenn er unter § 59 falle, also ein reiner Tatsachenirrtum oder ein Rechtsirrtum sei, der einem anderen Rechtsgebiet als dem des Strafrechts angehöre. Ein tatsächlicher Unterschied werde sich nur dadurch ergeben, daß das Merkmal der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit häufiger und in umfassenderem Maße als die übrigen Merkmale auf Rechtsgebiete außerhalb des Strafrechts verweisen und dementsprechend in weiterem Umfang Raum für beachtlichen Rechtsirrtum im Sinne von § 59 gewähren werde. Die Feststellung, daß der Angeklagte aus irgendeinem - gleichviel welchem - Irrtum sein Verhalten für nicht pflichtwidrig hielt, genüge nicht. Vielmehr komme es auf Art und Gegenstand des Irrtums, d.h. darauf an, ob seine unrichtige Vorstellung auf der Unkenntnis reiner Tatsachen oder auf einem nicht dem Strafrecht angehörenden Irrtum beruhte. Ein beachtlicher Rechtsirrtum komme nur insoweit in Betracht, als dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit ein Hinweis auf Rechtsver-

hältnisse außerhalb des Strafgesetzes zu entnehmen sei.

Fehlendes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, soweit es nicht auf der Verkennung von Tatsachen oder außerstrafrechtlichen Rechtssätzen beruhte, berücksichtigte das Reichsgericht also grundsätzlich nicht straffausschließend, auch nicht bei Strafgesetzen mit unrechtsbetonenden Wörtern. Es hielt "widerrechtlich" und "ohne Befugnis" in § 123 sogar für überflüssig (RGSt 5, 111ff). Wenn der Gesetzgeber diese Ausdrücke hinzugefügt habe, so sei dies offenbar geschehen, um allen Mißverständnissen vorzubeugen und anzudeuten, daß es ein absolutes Recht auf den Schutz des Hausfriedens nicht gebe. Außerdem solle der Richter in jedem Fall zu der ausdrücklichen Feststellung genötigt werden, daß das Eindringen "widerrechtlich" und das Verweilen "ohne Befugnis" erfolgte (so auch schon RGSt 2, 376).

B. Bundesgerichtshof

Bereits in BGHSt 2, 194ff mußte sich der Große Senat des Bundesgerichtshofs zu der Frage äußern, welche Bedeutung die Erwähnung unrechtsbetonender Ausdrücke in Strafgesetzen für die Irrtumsbehandlung hat. Er erklärte, das Wort "rechtswidrig" in § 240 I sei nicht Tatbestandsmerkmal, sondern allgemeines Verbrechensmerkmal. Es besage etwas Selbstverständliches: daß die Verwirklichung des Tatbestandes rechtswidrig sein müsse, wenn sie Gegenstand des Schuldvorwurfs und der Bestrafung sein solle. Dies bedürfe im Grunde keiner Erwähnung im Strafgesetz und werde auch in der überwiegenden Mehrzahl der Strafgesetze nicht erwähnt. Werde es dennoch hervorgehoben, so komme dem keine andere Bedeutung zu als die eines Hinweises auf den für alle Verbrechenstatbestände geltenden Satz, daß die Verwirklichung des Tatbestandes nicht immer rechtswidrig sei. In der Regel sei sie dann nicht rechtswidrig, wenn die tatbestandsmäßige Handlung nach einer gestattenden Gegennorm erlaubt sei. Für § 240 treffe diese Einschränkung allerdings nicht zu. Hier weise das Wort "rechtswidrig" auf die dem Richter obliegende Aufgabe hin, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfall rechtswidrig sei oder nicht. Dadurch werde das Merkmal der Rechtswidrigkeit aber nicht zu einem Tatbestandsmerkmal. Es bleibe vielmehr ein außerhalb des Tatbestands stehendes, ihn wertendes allgemeines Verbrechensmerkmal.

Diese Rechtsprechung bestätigte der Bundesgerichtshof in BGHSt 4, 105, 107 und dehnte sie auf ein weiteres Strafgesetz aus. Der Ausdruck "rechtswidrig" in § 253 I sei ebenso wie in § 240 I nicht Tatbestands-

merkmal, sondern lediglich allgemeines Verbrechenmerkmal. Auch in § 239 umschreibt die unrechtsbetonende Wendung nach Meinung des Bundesgerichtshofs keinen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatbestand. Sie sei also nicht Tatbestandsmerkmal, sondern allgemeines Verbrechenmerkmal (LM Nr. 6 zu § 239 StGB, ebenso sinngemäß BGHSt 3, 357, 364f). Bei § 341 soll zum Vorsatz nicht das Bewußtsein gehören, zu der Freiheitsberaubung nicht berechtigt zu sein (unveröffentlichte Entscheidungen des BGH vom 3.7. 1952, 5 StR 55/52, und vom 31.8.1955, 3 StR 170/55). Die Bezeichnung "ohne hierzu berechtigt zu sein" sei gleichfalls allgemeines Verbrechenmerkmal.

In BGHSt 3, 271, 273 vertrat der Bundesgerichtshof die Ansicht, daß "rechtswidrig" aber nicht nur allgemeines Verbrechenmerkmal, sondern auch besonderes Tatbestandsmerkmal sein könne. Hinsichtlich des Ausdrucks "rechtswidriger Vermögensvorteil" in § 263 meinte er, der Vorsatz des Betrügers müsse die Vorstellung umfassen, daß auf den Vermögensvorteil, dessen Verschaffung beabsichtigt sei, kein Recht bestehe (BGHSt 3, 99, 101; 3, 110, 123). Diese Auffassung wurde in BGHSt 4, 105, 106f wiederholt und auf "zu Unrecht" in § 253 I erweitert. Nehme der Täter an, auf die angestrebte Bereicherung ein Recht zu haben, so handle er im Tatbestandsirrtum, und zwar unabhängig davon, ob er aus Tat- oder aus Rechtsirrtum die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils verkenne. In der in NJW 1953, S.1479f abgedruckten Entscheidung betonte der Bundesgerichtshof nochmals, daß die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 Tatbestandsmerkmal sei. Die Beurteilung als allgemeines Verbrechenmerkmal lehnte er ausdrücklich ab.

Zur Bedeutung des Wortes "rechtswidrig" in §§ 242, 249 hat der Bundesgerichtshof in mehreren Urteilen Stellung genommen. In GA 1962, S. 144 erläuterte er, die zum inneren Tatbestand des Raubes gehörende Absicht rechtswidriger Zueignung habe nicht, wer sich durch Wegnahme von Geld aus dem Gewahrsam seines Schuldners für eine Geldforderung bezahlt mache und mit der Wegnahme nur die Herstellung des nach seiner Meinung rechtmäßigen Zustandes erstrebe. Der Bundesgerichtshof dürfte damit ein Tatbestandsmerkmal angenommen haben. Dies bestätigt die Entscheidung BGHSt 17, 87ff. Hier wurde ausgeführt, daß es für die Rechtswidrigkeit der gewaltsamen Zueignung und damit für den äußeren Tatbestand des Raubes darauf ankomme, daß der Täter die Eigentumsordnung verletze. Ein Tatbestandsirrtum liegt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs vor, wenn z.B. der Gläubiger, der eine Forderung auf Übereignung einer ihm als bestimmte Leistung geschuldeten Sache hat, sich nur über die Nämlichkeit der von ihm weggenommenen Sache irrt, oder wenn er meint, er habe seinem Schuldner gegenüber von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Übereignung des gerade in dessen Besitz befindlichen mitgeführten Geldes. Bei einem solchen Irrtum über die Rechtswidrigkeit würde ein für den Tatbestand der Zueignungsdelikte erforderlicher Verstoß gegen die Eigentumsordnung nach der Vorstellung des Täters fehlen. Den Irrtum eines Täters, Gattungssachen zur Befriedigung des auf Übereignung einer bestimmten Sache gerichteten Anspruchs wegnehmen zu dürfen, behandelt der Bundesgerichtshof grundsätzlich aber als einen den Vorsatz nicht ausschließenden Verbotsirrtum, weil der Täter regelmäßig wisse, daß sein Anspruch auf eine bestimmte Sache und nicht auf irgendwelche Sachen gleicher Art und Güte

gerichtet sei. Nach der in GA 1966, S.211 veröffentlichten Entscheidung handelt nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung, wer irrigerweise glaubt, auf die Übereignung einer Sache einen begründeten Anspruch zu haben (ebenso in GA 1968, S.121 und 338).

Am häufigsten beschäftigte sich der Bundesgerichtshof mit der Rechtsnatur des unrechtsbetonenden Ausdrucks in § 356. In BGHSt 3, 400 erklärte er, "pflichtwidrig" sei nicht gleichbedeutend mit "rechtswidrig". Es besage keineswegs nur etwas Selbstverständliches, wie das der Große Strafsenat für das Wort "rechtswidrig" in § 240 I angenommen habe. Vielmehr verweise § 356 zur Ausfüllung des Merkmals "pflichtwidrig" auf die Vorschrift der Rechtsanwaltsordnung, die dem Rechtsanwalt die Ausübung seines Berufs verbiete, wenn er in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei im entgegengesetzten Interesse Beistand gewährt habe. Der Bundesgerichtshof wertet den unrechtsbetonenden Begriff in § 356 als (normatives) Tatbestandsmerkmal. Das ergibt sich trotz einiger mißverständlicher, auf die Annahme eines Blankettstrafgesetzes hindeutender Formulierungen in früheren Urteilen (BGHSt 3, 400, 402; 4, 80, 84f; 5, 284, 287f; AnwBl 1954, S.200) aus BGHSt 15, 332, 336 und 18, 192, 200. Bei der Irrtumsbehandlung unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, beschränkt auf die Kenntnis des Interessengegensatzes, und dem der Rechtswidrigkeit (BGHSt 5, 284, 287f). Irre der Rechtsanwalt über den Interessengegensatz, so sei sein Vorsatz nach § 59 I ausgeschlossen. Hierin erschöpfe sich die Bedeutung des Wortes "pflichtwidrig". Neben dem Vorsatz, widerstreitende Interessen in derselben Rechtssache wahrzunehmen, komme kein besonderes "Bewußtsein der Pflicht-

widrigkeit" in Betracht. Allerdings könne der Täter trotz des Vorsatzes der Auffassung sein, nichts Un-erlaubtes zu tun. Dies sei beim Parteiverrat ebenso wie bei anderen strafbaren Handlungen denkbar. Dann fehle es am Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Es handle sich hierbei um einen Fall des gewöhnlichen Ver-botsirrtums.

In BGHSt 14, 223, 227 befaßte sich der Bundesgerichts-hof mit der Auslegung des § 5 I a des Gesetzes über die Führung akademischer Grade. Diese Bestimmung stellt die "unbefugte" Führung eines akademischen Gra-des unter Strafe. Die im Rahmen der Ermächtigung durch die Durchführungsverordnung vom 21.7.1939 unter Nr.1 getroffene Regelung werde, so erläutert der Bundesge-richtshof, durch die genannte Strafvorschrift erfaßt. Die Strafdrohung beziehe sich nach Wortlaut und Sinn nicht nur auf Verstöße gegen die Vorschriften des Ge-setzes selbst. Ebenso wie keine Bedenken gegen den Er-laß von Strafgesetzen bestünden, deren Tatbestand nur zusammenfassend eine Vielzahl von Verstößen gegen Vor-schriften außerhalb des Strafgesetzes unter Strafe stellen (z.B. § 327), so habe auch der durch den Ge-setzgeber zum Erlaß von Durchführungsverordnungen er-mächtigte Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung die Strafvorschrift des § 5 des Ge-setzes mit einer seinem Sinn und Zweck entsprechenden Weise ausfüllen können. Das Gesetz sei mithin so zu lesen, als ob der Inhalt der Verordnung Teil des Ge-setzes wäre. Wisse der Täter nicht, daß der akademische Grad nur geführt werden dürfe, wenn neben ordnungsge-mäßer Verleihung der Beliehene hierüber eine Verlei-hungsurkunde oder ein Besitzzeugnis innehave, so be-finde er sich in einem Verbotsirrtum. Angesichts des erzielten Ergebnisses, der benutzten Terminologie

("ausfüllen") und der Verwendung des § 327 als Beispiel (vgl. BGHSt 10, 217f) dürfte der Bundesgerichtshof § 5 I a AkadG als Blankettstrafgesetz angesehen haben. Als Ausfüllungsnormen bezeichnete er die Vorschriften dieses Gesetzes und die Durchführungsverordnung. Das Wort "unbefugt" wäre demgemäß hier nicht Tatbestandsmerkmal, sondern Blankettmerkmal. Dieses hat lediglich die Aufgabe, auf die in der Ausfüllungsnorm befindlichen, den Tatbestand des Strafgesetzes ergänzenden Tatbestandsmerkmale zu verweisen. Bei einem Irrtum über ein Blankettmerkmal ist zu unterscheiden. Beruht er auf der Unkenntnis eines in der Ausfüllungsnorm enthaltenen Tatbestandsmerkmals, so ist er Tatbestandsirrtum. Betrifft er die Existenz oder den Geltungsbereich der Ausfüllungsnorm trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand gehöriger Tatumstände, so liegt ein Verbotsirrtum vor (84). Möglicherweise hat der Bundesgerichtshof den Ausdruck "unbefugt" in § 5 I a AkadG jedoch als normatives Tatbestandsmerkmal gewertet. Der dem Täter zugestandene Verbotsirrtum beruhte dann auf der fehlerhaften Auslegung des unrechtsbetonenden Begriffs (Subsumtionsirrtum).

Der Bundesgerichtshof bezeichnete in BGHSt 20, 177, 180f § 396 AO a.F. (jetzt § 392 AO n.F.) als Blankettstrafgesetz. Damit hat er zugleich sinngemäß die Wendung "nicht gerechtfertigt" als Blankettmerkmal charakterisiert.

In zwei weiteren Entscheidungen grenzte der Bundesgerichtshof Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei unrechtsbetonenden Merkmalen voneinander ab, ohne sich aber ausdrücklich zu deren Rechtsnatur zu äußern. In BGHSt 4, 355, 356 nahm er einen Tatbestandsirrtum an. Ein Arzt hatte einem Kollegen Auskunft erteilt (§ 300),

weil er wegen der streng sachlich gehaltenen Anfrage irrig meinte, dieser sei behandelnder Arzt. In LM Nr.5 zu § 113 StGB wurde dem Täter, der sich bei einem Siegelbruch (§ 136) fälschlich auf ein von der Rechtsordnung nicht anerkanntes Widerstandsrecht berief, nur ein Verbotsirrtum zugestanden.

Zusammenfassend zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgendes Bild. Die Hervorhebung von "rechtswidrig", "unbefugt" usw. habe nicht zur Folge, daß ausnahmsweise das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Erfordernis der Strafbarkeit sei. Die unrechtsbetonenden Wörter könnten Tatbestandsmerkmale, allgemeine Verbrechensmerkmale oder Blankettmerkmale sein. Welche Rechtsnatur im Einzelfall zutreffe, hänge von der Auslegung des jeweiligen Strafgesetzes ab. Dabei könne derselbe Ausdruck (z.B. "rechtswidrig") bei Erwähnung in mehreren Bestimmungen verschiedene Bedeutung besitzen (allgemeines Verbrechensmerkmal in § 240 I, Tatbestandsmerkmal in § 263).

C. Schrifttum

1. Anhänger der Meinung, die Erwähnung unrechtsbetonender Ausdrücke in Strafgesetzen sei für die Irrtumsbehandlung bedeutungslos

Lucas, Kohlrausch, Stooss, Nagler, Meyer-Allfeld, von Bar, Binding, Beling, von Hippel, von Olshausen, Dohna, M.E.Mayer, Mezger, H.Mayer, Weinberg, Arthur Kaufmann, Wegner, Gallas, Baumann, Vianden-Grüter, Roxin und Schaffstein¹⁴⁾ messen der Hervorhebung von "rechtswidrig", "unbefugt" und ähnlicher Wendungen grundsätzlich keine besondere Bedeutung für die Irrtumsbehandlung bei. Die unrechtsbetonenden Ausdrücke seien weder Tatbestandsmerkmale noch habe der Gesetzgeber durch ihre Erwähnung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung der Strafbarkeit machen wollen. Stooss, der an der Redaktion des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 maßgebenden Anteil hatte, erklärte¹⁵⁾: "Wenn der Gesetzgeber das Wort rechtswidrig ... in einen gesetzlichen Thatbe-

14) Lucas, Verschuldung, S. 90ff, Praxis, S. 135ff; Kohlrausch S.72ff; Stooss SchwZStr 10. Band, S. 363; Nagler S. 287f; Meyer-Allfeld § 30a III; von Bar Band II, § 220; Binding S. 952f; Beling § 16 VI 7, § 24a I 2a; von Hippel VDAT III.Band, S.557; von Olshausen § 59 Anm. 30; Dohna, Recht und Irrtum, S.3, Verbrechenlehre S.21; M.E.Mayer A I 2c; Mezger LB § 21 IV; H.Mayer § 39 III 3; Weinberg S.73; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 49f; Wegner S. 111; Gallas ZStW 67.Band, S.25; Baumann LB § 12 II 1c; Vianden-Grüter GA 1954, S.361; Roxin S.54, 153, 164; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.191.

15) SchwZStr 10.Band, S.363.

stand aufnimmt, so verbindet er damit keineswegs die Meinung, der Thäter solle nur bestraft werden, wenn er sich bewußt war, daß er gesetzwidrig handle. Es ist, wie ich aus eigener Erfahrung weiss, eine Frage technischer Zweckmäßigkeit, ob das Wort rechtswidrig ... einem gesetzlichen Thatbestand beigelegt werde".

Die genannten Autoren bezeichnen die Hervorhebung unrechtsbetonender Merkmale allgemein als willkürlich. Ein sachliches Prinzip für ihre Verwendung gerade in jenen Strafgesetzen sei nicht erkennbar.¹⁶⁾ Der Gesetzgeber habe sich jedenfalls nicht von Erwägungen leiten lassen, die für die Irrtumsbehandlung erheblich wären. Er habe, wenn auch ohne feste Linie, andere Zwecke verfolgt. Die Erwähnung beruhe auf gesetzestechnischen und stilistischen Gründen.¹⁷⁾ Bei jenen Strafgesetzen sei die Abgrenzung der rechtmäßigen von den rechtswidrigen Handlungen besonders schwierig. Der Gesetzgeber wolle den Richter deshalb auf die sekundäre Natur des Strafrechts und auf Rechtfertigungsgründe hinweisen und damit zum Ausdruck bringen, daß es sich in diesen Fällen nicht um absolute Verbote handele.¹⁸⁾ Bei jenen Delikten kämen häufig Rechtsirrtümer vor, die zu beachten seien.¹⁹⁾

16) Vgl. vor allem Kohlrausch S. 75f; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 49f; Frank, Einleitende Bestimmungen II.

17) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 49f; M.E. Mayer A I 2c; Binding FN 14, S.953.

18) Köhler, Rechtsirrtum, S. 9f; Nagler S.288; von Olshausen § 59 Anm. 30; Meyer-Allfeld § 30a III; Mezger LB § 21 IV; von Bar Band II § 220, Band III § 4; Hold von Ferneck S.395; Roxin S.164; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.191; vgl. auch von Liszt § 32 III 1.

19) H. Mayer § 39 III 3.

Das bei allen Delikten zu verlangende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit müsse hier im Urteil besonders festgestellt werden.²⁰⁾ Bei den Strafgesetzen mit unrechtsbetonenden Wörtern liege im tatbestandsmäßigen Verhalten ein Widerspruch mit einem speziellen Rechtsatz oder mit dem subjektiven Recht des Verletzten.²¹⁾ Das Reichsrecht lasse hier eine landesrechtliche Erlaubnis zu.²²⁾

2. Anhänger der Meinung, bei Erwähnung unrechtsbetonender Ausdrücke in Strafgesetzen sei das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Strafbarkeit

Nach von Liszt hing die Strafbarkeit nicht vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ab.²³⁾ Das Merkmal der Rechtswidrigkeit sei ohne Rücksicht auf den guten oder schlechten Glauben des Täters streng objektiv zu prüfen. Diese Regel erleide jedoch eine wichtige, freilich rein positivrechtliche Ausnahme.²⁴⁾ Überall dort, wo der Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand eines Verbrechens aufgenommen habe, umfasse der Vorsatz als die Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

20) von Olshausen § 59 Anm.30; von Hippel LB S.110f; vgl. auch von Liszt § 32 III 1.

21) von Bar Band III § 4.

22) von Liszt § 32 III 1.

23) § 41.

24) § 41 III.

3. Autoren, welche die unrechtsbetonenden Ausdrücke in Strafgesetzen als Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale deuten

a) We i z

Weiz vertritt die Ansicht, die Rechtswidrigkeit gehöre nicht in den Deliktstypus.²⁵⁾ Der in einigen Strafgesetzen enthaltene Hinweis auf sie sei eine vom "guten Geschmack" bestimmte, nicht auf theoretischen Erwägungen beruhende Maßnahme. Anders verhalte es sich mit dem Tatbestandsmerkmal "unbefugt". Es werde dort verwendet, wo die Tat strafrechtlich unerheblich (weil nicht tatbestandsmäßig) sein könne infolge einer von berufener Stelle gegebenen Ermächtigung. Die Wörter "unbefugt" und "rechtswidrig" dürften nicht gleichgesetzt werden. Unter Befugnis sei lediglich die Ermächtigung des Verfügungsberechtigten zu verstehen, während "rechtmäßig" die durch das Recht schlechthin gegebene Ermächtigung bezeichne. Ein unbefugtes Verhalten könne sehr wohl rechtmäßig sein, z.B. bei Notstand. Das Merkmal "unbefugt" sei daher der engere Begriff, der fähig sei, Indiz der allgemeinen Rechtswidrigkeit und somit Tatbestandsmerkmal zu sein.

Weiz ermittelt die Bedeutung unrechtsbetonender Ausdrücke allein aus dem Wortsinn. Sie stellen seiner Ansicht nach Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale dar. Holtfort hat sich dieser Meinung angeschlossen.²⁶⁾

25) S. 11ff.

26) S. 68ff.

b) V o n J a s c h k e

Von Jaschke gelangt zu dem Ergebnis²⁷⁾, "rechtswidrig", "pflichtwidrig", "widerrechtlich" und "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" seien reine Rechtswidrigkeitsmerkmale. Die Ausdrücke "ohne gesetzliche Befugnis", "unbefugterweise" und "unbefugt" besitzen seiner Auffassung nach unterschiedliche Rechtsnatur. Tatumstand seien sie in §§ 127 I 1. und 2. Alt., 132, 132a, 136, 368 Nr.9, 370 I Nr.2 für Privatwege. Allgemeines Verbrechenmerkmal seien sie in §§ 127 I 3.Alt. ("unbefugterweise"), 123, 168, 290, 296a, 299, 300, 353b und c, 368 Nr.10 und 10a, 370 I Nr.1 und 2 (außer für Privatwege).

Nach von Jaschke kann die Bedeutung der unrechtsbetonenden Wendungen nur für jedes Strafgesetz gesondert festgestellt werden. Derselbe Begriff könne deshalb einmal Tatumstand und das andere Mal bloßer Hinweis auf Rechtfertigungsgründe sein. Ein Tatbestandsmerkmal liege immer vor, wenn ohne das Wort das typische Unrecht nicht vollständig umschrieben sei.

c) B u s c h

Busch hat sich in Begründung und Ergebnis den Ansichten des Bundesgerichtshofs angeschlossen.²⁸⁾ Dies geschah 1954, als die Rechtsprechung die unrechtsbetonenden Merkmale teils als Tatbestandsmerkmale, teils als Hinweise auf das allgemeine Verbrechenmerkmal der

27) S. 63ff.

28) Mezger-Festschrift, S. 165ff.

Rechtswidrigkeit auffaßte. Busch entwickelt Gesichtspunkte für die Einordnung unrechtsbetonender Gesetzesbegriffe in diese beiden Kategorien.²⁹⁾ Die Rechtswidrigkeit sei bei Erwähnung im einzelnen Strafgesetz kein Tatbestandsmerkmal, sofern sie nur die Wertung der Gesamttat zum Ausdruck bringe. Ihre Hervorhebung sei dann im Grunde überflüssig. Meist entspringe sie dem Bedürfnis des Gesetzgebers, darauf aufmerksam zu machen, daß diese Tatbestandsverwirklichung häufig durch Gegennormen gerechtfertigt sei. Das Wort "rechtswidrig" könne andererseits, wenn es einem einzelnen Tatbestandsmerkmal als Eigenschaftswort angefügt werde, Tatbestandsmerkmal sein. Dies gelte für die Rechtswidrigkeit des angestrebten Vermögensvorteils beim Betrug und für die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung bei der Erpressung. Der Täter, der über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils irre, befinde sich deshalb im Tatbestandsirrtum.

Busch geht von der Auslegung des einzelnen Strafgesetzes aus, in dem sich die unrechtsbetonende Wendung befindet. Sie kann seiner Meinung nach Tatbestandsmerkmal oder allgemeines Verbrechensmerkmal sein.

d) D r e h e r

Dreher vertritt die Auffassung³⁰⁾, daß bei Verwendung von "unbefugt" oder ähnlicher Ausdrücke je nach dem Sinngehalt der Vorschrift der Täter das Unrechtsbewußtsein haben müsse (z.B. in §§ 107a, 123, 132) oder der Gesetzgeber nur auf in diesem Bereich häufige

29) Landesreferate, S. 333ff, 343.

30) Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 107a Anm. 2A; MDR 1962, S. 592, Ndschr. 10. Band, S. 364.

Rechtfertigungsgründe hinweisen wolle (z.B. in §§ 132a, 353b). Wenn sich das Wort "rechtswidrig" nicht auf die Handlung (wie z.B. in § 240), sondern auf ein einzelnes Merkmal beziehe, so stelle es ebenfalls ein Tatbestandsmerkmal dar, auf das sich der Vorsatz erstrecken müsse (z.B. "zu Unrecht" in § 253 und "rechtswidriger Vermögensvorteil" in § 263). Auch "eigenmächtig" in § 15 WStG sei Tatbestandsmerkmal.³¹⁾

Nach Dreher kommen zwei Bedeutungen unrechtsbetonender Bezeichnungen in Betracht: Tatbestandsmerkmal oder allgemeines Verbrechensmerkmal. Das Ergebnis im Einzelfall soll von der Auslegung des Strafgesetzes abhängen, in dem sich der Ausdruck befindet.

e) Maurach

Maurach teilt die unrechtsbetonenden Merkmale in drei Gruppen ein.³²⁾

aa) Beziehen sich diese Wörter auf die Gesamthandlung des Täters, wie sie vom jeweiligen Tatbestand verlangt und typisiert werde, so handele es sich um Verbrechens-, nicht um Tatbestandsmerkmale. Der Irrtum hierüber sei Verbotsirrtum. Als Beispiele werden "widerrechtlich" in § 123 und § 239, "rechtswidrig" in §§ 240, 253, 303 und "unbefugt" in § 300 genannt.

bb) Beziehe sich dagegen der Ausdruck nicht auf die tatbestandsmäßige Gesamthandlung des Täters, sondern auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, so liege ein Tatbestandsmerkmal vor. Ein auf diese Merkmale bezo-

31) Dreher-Lackner-Schwalm § 15 Rdnr 15ff.

32) AT § 23 I B 4, § 24 I B 2, 3.

gener Irrtum sei Tatbestandsirrtum. Zu dieser Gruppe gehörten "rechtswidrig" in § 242 und "rechtswidriger Vermögensvorteil" in § 263. Besonders deutlich werde diese Unterscheidung des Rechtswidrigen in § 253. Der Begriff "rechtswidrig" sei Verbrechensmerkmal (Irrtum darüber Verbotsirrtum), "zu Unrecht" Tatbestandsmerkmal (Irrtum darüber Tatbestandsirrtum).

cc) In der dritten Gruppe faßt Maurach die Fälle zusammen, bei denen das unrechtsbetonende Merkmal im Wortlaut der Strafdrohung einmal als Verbrechensmerkmal, dann aber auch als Tatbestandsmerkmal gelten müssen. So könne "pflichtwidrig" in § 356 je nach der Sachlage die Charakterisierung des Gesamtvorgangs oder ein Tatbestandsmerkmal sein. Je nach der Beurteilung wandle sich auch die Bedeutung des Irrtums: Verbotsirrtum im ersten, Tatbestandsirrtum im letzteren Fall.

f) Weitere Autoren

Lange³³⁾, von Weber³⁴⁾, Schäfer³⁵⁾, Rösch³⁶⁾, Kunert³⁷⁾, Netzler³⁸⁾, von Hippel³⁹⁾ und Köhler⁴⁰⁾ vertreten eben-

33) Kohlrausch-Lange § 59 Anm.V 3 a, b, JZ 1965, S.302.

34) Mezger-Festschrift S.186, 189, Materialien 1.Bd., S.279.

35) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 1 FN 2, S.5, § 59 FN 1d, S.80.

36) Käbb-Rösch, 1.Auflage, Einführung Rdnr 227, Art.2, Rdnr 23, 26, 38; in der 2.Auflage ebenso Gollwitzer bei Art.2, Rdnr 23, 26, 38.

37) S. 70f.

38) S. 41.

39) LB S. 110f, FN 12, S.110.

40) Rechtsirrtum S.9ff, S.81f; ebenso Sauer, Allgem. Strafrechtslehre, S.70, und GS 113.Bd., S.79ff.

falls die Auffassung, daß die unrechtsbetonenden Ausdrücke nur Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale sein können. Trotz gleichen Wortlauts sei es denkbar, daß eine Wendung unterschiedliche Bedeutung besitze. Die Rechtsnatur im Einzelfall lasse sich nur durch Auslegung des jeweiligen Strafgesetzes ermitteln.

4. Autoren, die (außer der Bestimmung unrechtsbetonender Ausdrücke in Strafgesetzen als Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale) noch andere Auslegungen vertreten (Blankettmerkmale, Rechtspflichtmerkmale, spezielle Schuldmerkmale)

a) W a r d a

Warda betont⁴¹⁾, die Rechtswidrigkeit sei nie "Merkmal" eines Tatbestandes, auch dann nicht, wenn sie im Gesetzestext besonders genannt sei. Durch die Aufnahme des Wortes "rechtswidrig" oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks werde ein Strafgesetz auch nicht zu einem Blankettgesetz.⁴²⁾ Zwar bedürfe auch der Begriff "rechtswidrig" insofern der Ergänzung, als sich erst aus anderen Vorschriften ergebe, ob eine Handlung im konkreten Fall rechtswidrig oder durch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt sei. Dabei gehe es aber immer nur um die Feststellung der Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung, nicht um die Ergänzung oder Ausgestaltung des Tatbestandes selbst.

41) JR 1950, S.551.

42) Blankettstrafgesetze S.7.

Bezüglich des Wortes "unbefugt" vertritt Warda im Anschluß an Weiz die Auffassung⁴¹⁾, daß es nicht mit "rechtswidrig" gleichgesetzt werden könne, da unter Befugnis lediglich die Ermächtigung des Verfügungsberechtigten zu verstehen sei. Das Merkmal "unbefugt" sei Tatbestandsmerkmal, ein Irrtum darüber also Tatbestands- und nicht Verbotsirrtum.

Als Fall eines Blankettstrafgesetzes führt Warda unter Hinweis auf BGHSt 3, 400 § 356 an.⁴³⁾ Den Ausdruck "pflichtwidrig" rechnet er zu den Merkmalen, die konkludent auf ausfüllende Vorschriften verweisen. Er charakterisiert ihn demnach als Blankettmerkmal. Dieser Meinung hat sich Weidenbach angeschlossen.⁴⁴⁾

Warda prüft, ob die unrechtsbetonenden Wendungen Tatbestandsmerkmale, allgemeine Verbrechensmerkmale oder Blankettmerkmale sind. Hinsichtlich der Begriffe "rechtswidrig" und "unbefugt" geht er, wie Weiz, nur vom Wortsinn aus.

b) W e l z e l

Die weitesten Differenzierungen nimmt Welzel vor.⁴⁵⁾

aa) Die Rechtswidrigkeit werde dadurch, daß sie - meist überflüssigerweise - im Gesetz genannt sei (z.B. in §§ 123/4, 239, 240, 246, 303 usw.), nicht zum Tatumstand, sondern bleibe Bewertung des Tatbe-

43) Blankettstrafgesetze S.14 und 37.

44) S.19.

45) LB § 14 I 2c, 3a, § 22 III 1a, c, 4, JZ 1960, S.180, Ndschr. 6.Band, S.248, 7.Band, S.22, 10.Band, S.362f, S.653.

standes. Dasselbe gelte für sprachlich andere Bezeichnungen der Rechtswidrigkeit wie "unberechtigt" (§ 277), "ohne hierzu berechtigt zu sein" (§ 341). Die Formulierung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" (§ 355) mache den Richter auf die Möglichkeit besonderer Rechtfertigungsgründe aufmerksam.

bb) "Unbefugt" im Sinne von "rechtswidrig" sei spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal (Rechtspflichtmerkmal) und weise ebenfalls auf Rechtfertigungsgründe hin (so in §§ 123, 136, 168, 290, 296a, 300, 353b und c). Rechtspflichtmerkmale beschreiben nach Welzel nicht die Tatbestandshandlung des Täters, sondern kennzeichnen lediglich seine Rechtspflicht. Sie seien weder Tatbestandsmerkmale noch objektive Bedingungen der Strafbarkeit, sondern vorsatzunabhängige Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit. Der Irrtum über ein solches Merkmal soll stets Verbotsirrtum sein (siehe Teil II, Kap. A 4a).

cc) Das Wort "unbefugt" könne jedoch noch weitere Bedeutungen haben. So sei es in § 132 negatives Tätermerkmal und mit "ohne das öffentliche Amt innezuhaben" zu interpretieren. Ähnlich sei es mit "unbefugt" in § 107a. Dieser Ausdruck bedeute "ohne Wahlberechtigung". Im Einklang mit der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie, die alle den Deliktstypus begründenden Merkmale als Tatbestandsmerkmale bezeichnet, werden die von Welzel genannten Tätermerkmale in die Kategorie der Tatbestandsmerkmale eingeordnet. Nach Welzel⁴⁶⁾ gilt allerdings § 59 nicht für Tätermerkmale. Für sie sei nicht (aktueller) Vorsatz notwendig. (Inaktuelle) Kenntnis von ihrem Vor-

46) LB § 13 I 5.

handensein sei ausreichend.

dd) "Unbefugter" in § 99 a.F. (jetzt § 94 n.F.) ist für Welzel ein Blankettbegriff, der durch die einschlägigen staats- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften ausgefüllt wird.

ee) Dem Wort "eigenmächtig" (§§ 15ff WStG, § 109c) mißt Welzel Doppelnatur bei. Es sei spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal und zugleich spezielles Schuldmerkmal. Der Täter müsse (objektiv) ohne Berechtigung und (subjektiv) in Kenntnis des Berechtigungsmangels handeln. Welzel begründet seine Meinung mit der Befugnis des Gesetzgebers zur Anordnung, daß eine (vorsätzliche) Tat nur bei Verbotskenntnis bestraft werden solle.⁴⁷⁾

Welzel deutet die unrechtsbetonenden Wörter als allgemeine Verbrechensmerkmale, Tatbestandsmerkmale (negative Tätermerkmale), Blankettbegriffe, Rechtspflichtmerkmale oder spezielle Schuldmerkmale. Maßgebend soll nicht allein der Wortsinn des Ausdrucks sein, sondern die Auslegung des einzelnen Strafgesetzes, in dem er sich befindet.

c) H i r s c h

Nach Hirsch kann das Wort "unbefugt" drei verschiedene Bedeutungen haben.⁴⁸⁾

aa) In §§ 136, 168, 290, 296a, 299, 300, 353b und c, 368 Nr.9 bis 10a besage diese Formulierung nichts weiter, als daß auf Rechtfertigungsgründe besonders zu achten sei.

47) LB § 22 III 4.

48) Negative Tatbestandsmerkmale S. 296ff.

bb) Eine andere Funktion habe "unbefugt" in § 107a. Hier wolle das Gesetz zum Ausdruck bringen, daß die verbotenen Verhaltensweisen den Wahlgesetzen und Wahlordnungen zu entnehmen seien. Eine derartige Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen sei immer dann zweckmäßig, wenn die Verbote, deren Verletzung bestraft werden solle, örtlich verschieden oder von umfangreicher Kasuistik seien oder sich häufig änderten. § 107a sei eine Blankettbestimmung, die durch die Tatumstände der in den Wahlrechtsnormen enthaltenen Verbote, auf die "unbefugt" lediglich verweise, zu ergänzen sei. Diese Ausführungen ergeben, daß Hirsch den unrechtsbetonenden Begriff in § 107a als Blankettmerkmal beurteilt.

cc) Wieder anders liege es bei den §§ 132, 132a. Das Wort "unbefugt" sei hier als "ohne das öffentliche Amt innezuhaben" (§ 132) und "ohne daß ihm die Amtsbezeichnung und dergleichen verliehen worden ist" (§ 132a) auszulegen und mit dieser Bedeutung Tatbestandsmerkmal.

Bezüglich "eigenmächtig" verlangt Hirsch im Anschluß an Welzel das Bewußtsein des Berechtigungs mangels.⁴⁹⁾ Er nimmt also gleichfalls ein spezielles Schuldmerkmal an. Der Ausdruck "widerrechtlich" in § 123 und § 239 und das Merkmal "rechtswidrig" in § 303 stellen nach Hirsch die ausnahmsweise Hervorhebung des Verbrechensmerkmals der Rechtswidrigkeit dar.⁵⁰⁾ Die Wendung "rechtswidrig" in § 242 bedeute "unter Widerspruch zur Eigentumsordnung".⁵¹⁾ Beides seien aber

49) Negative Tatbestandsmerkmale FN 40, S.279f.

50) Negative Tatbestandsmerkmale FN 81, S.297.

51) JZ 1963, S. 154f.

keine Tatbestandsmerkmale. Nach Hirsch hat das Wort "rechtswidrig" die Aufgabe, aus den unter eine denkbare Wortbedeutung der Zueignung fallenden Handlungen diejenigen auszugliedern, die nicht als Verletzung der Eigentumsordnung erscheinen. Der Täter befinde sich im Tatbestandsirrtum, wenn er fälschlich einen der Eigentumsordnung entsprechenden Sachverhalt für gegeben halte. Glaube er an das Vorliegen von Umständen, die die Eigentumsordnung jedoch nicht anerkenne, so soll ein Verbotsirrtum in Betracht kommen.

Hirsch geht von vier Bedeutungen der unrechtsbetonenden Begriffe aus: allgemeines Verbrechensmerkmal, Tatbestandsmerkmal, Blankettmerkmal und spezielles Schuldmerkmal. Das Ergebnis macht er von der Auslegung des einzelnen Strafgesetzes abhängig. Fiedler⁵²⁾, und Renner⁵³⁾ haben sich seinen Ansichten weitgehend angeschlossen.

52) S. 103ff.

53) S. 49ff.

D. Entwurf 1962

Bei den Arbeiten zu dem Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches ist das Problem, welche Bedeutung der Hervorhebung unrechtsbetonender Merkmale in Strafgesetzen zukommt, besonders aktuell geworden. Es war in der Großen Strafrechtskommission wiederholt Gegenstand der Diskussion.⁵⁴⁾ Der Entwurf 1962 erwähnt weitaus seltener unrechtsbetonende Wörter als das geltende Recht. Bemerkenswert ist, daß das künftige Strafgesetzbuch einen einheitlichen Sprachgebrauch benutzen will. Die Wendung "ohne berechtigt zu sein" soll als negativ gefaßtes, vorsatzbezogenes Tatbestandsmerkmal das Fehlen einer Berechtigung andeuten.⁵⁵⁾ Der Begriff "widerrechtlich" soll ebenfalls ein zum gesetzlichen Tatbestand gehörendes Merkmal, auf das sich der Vorsatz des Täters erstrecken müsse, bezeichnen.⁵⁶⁾ Mit dem Ausdruck "unbefugt" will der Entwurf auf die allgemeinen und besonderen Rechtfertigungsgründe hinweisen.⁵⁷⁾ Es soll damit kein Tatbestandsmerkmal angegeben werden. Der Vorsatz müsse deshalb nicht das Bewußtsein umfassen, unbefugt zu handeln. Mit dem Wort "rechtswidrig" pflegt der Entwurf ein allgemeines Merkmal jeder strafbaren Handlung zu charakterisieren.⁵⁸⁾ Tatbestandsmerkmale sind die unrechtsbetonenden Formulierungen nach diesem

54) Vgl. z.B. Ndschr. 6. Band, S. 15ff, S. 247ff, 9. Band, S. 221ff, 10. Band, S. 362ff, 13. Band, S. 349, S. 376ff, S. 653f, S. 732, S. 735.

55) Begr. S. 114, 267, 587, 658.

56) Begr. S. 401.

57) Begr. S. 114, 267, 454, 658, 662, 664, 667.

58) Begr. S. 401.

Sprachgebrauch somit z.B. in § 235 (Diebstahl), § 240 (Unterschlagung), § 243 (Energieentziehung), § 245 (Raub), § 251 (Sachentziehung), § 252 (Betrug), § 259 (Erpressung), § 401 (Abstimmungsfälschung) und § 467 (Amtsanmaßung) des Entwurfs 1962. Allgemeine Verbrechensmerkmale enthalten § 285 (Unbefugtes Fischen in deutschen Hoheitsgewässern), § 302 (Mißbrauch von Titeln, Uniformen und Abzeichen), § 472 (Bruch des Post- und Fernmeldegeheimnisses) und § 473 (Bruch des Steuergeheimnisses) des Entwurfs 1962.

E. Zusammenfassung

Die herrschende Meinung im Schrifttum und der Entwurf 1962 behandeln die in manchen Strafgesetzen hervorgehobenen unrechtsbetonenden Ausdrücke nur als Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechenmerkmale. Der Bundesgerichtshof und einige Autoren räumen neben der Deutung als Tatbestandsmerkmal und allgemeines Verbrechenmerkmal auch die Möglichkeit einer Beurteilung als Blankettmerkmal ein. Im Schrifttum werden vereinzelt zusätzlich noch Rechtspflichtmerkmale und spezielle Schuldmerkmale angenommen. Überwiegend anerkannt ist, daß allein aus der Erwähnung im Strafgesetz und aus dem Wortsinn eines Merkmals nicht auf seine Rechtsnatur geschlossen werden kann. Dieselbe Wendung könne bei Gebrauch in mehreren Bestimmungen unterschiedliche Bedeutung haben. Maßgebend für die Ermittlung des richtigen Ergebnisses soll die Auslegung des einzelnen Strafgesetzes sein, in dem sich der unrechtsbetonende Begriff befindet.

T E I L I I
=====

BEURTEILUNG DER EINZELNEN MEINUNGEN UND TRENNUNG
VON TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM BEI UNRECHTS-
BETONENDEN AUSDRÜCKEN

A. Auswirkungen und rechtsgrundsätzliche Kritik
der bisher vertretenen Deutungen unrechtsbe-
tonender Ausdrücke

In Rechtsprechung und Lehre werden insgesamt fünf verschiedene Beurteilungen unrechtsbetonender Begriffe in Strafgesetzen vertreten: Tatbestandsmerkmal, allgemeines Verbrechensmerkmal, Blankettmerkmal, Rechtspflichtmerkmal und spezielles Schuldmerkmal. Welcher Sinn einem bestimmten Merkmal bei der Irrtumsbehandlung zukommt, bedarf der Auslegung des einzelnen Strafgesetzes. Es fragt sich jedoch, ob nicht eine oder mehrere der genannten Bedeutungen aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen von vornherein ausscheiden und deshalb bei den Einzeluntersuchungen nicht mehr geprüft zu werden brauchen.

1. Tatbestandsmerkmal

Hat ein unrechtsbetonender Ausdruck die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals, so ist er ein normatives Tatbestandsmerkmal. Im Gegensatz zu den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, die sinnlich wahrnehmbare Sachverhalte bezeichnen, umschreiben die normativen Tatbestandsmerkmale nur geistig erfassbare Gegenstände

des sozialen Lebens (z.B. Ehe, Ehre, Urkunde). Auch rechtliche Verhältnisse oder Begriffe können (rechtlich-normative) Tatbestandsmerkmale sein,⁵⁹⁾ z.B. die Fremdheit einer beweglichen Sache (§§ 242, 246), die Pfändung oder Beschlagnahme (§ 137), die Verfügungsbefugnis (§ 266). Für die Abgrenzung von Tatbestandsmerkmalen haben Rechtsprechung und Lehre folgende Hinweise gegeben. Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er die das Tatbestandsmerkmal begründenden Umstände kennt und weiß, was sie im menschlichen Leben bedeuten. Zum Vorsatz gehört also auch die dem Gesetz entsprechende Wertung (Parallelwertung in der Laiensphäre). Nicht notwendig ist hingegen, daß der Täter weiß, wie das Gesetz die Tatumstände benennt. Die juristisch richtige Bezeichnung des normativen Tatbestandsmerkmals ist nicht mehr Bestandteil des Vorsatzes.⁶⁰⁾ Fehlt dem Täter die Bedeutungskenntnis, so befindet er sich im Tatbestandsirrtum. Nur ein Subsumptionsirrtum liegt vor, wenn lediglich das Strafgesetz fehlerhaft ausgelegt wird.⁶¹⁾ Am Vorsatz ändert sich daher nichts, wenn z.B. der Fälscher einer Quittung weiß, was sie im Rechtsleben bedeutet, aber irrig meint, eine Quittung sei keine Urkunde.⁶²⁾ Der Subsumptionsirrtum ist in der Regel unbeachtlich.⁶³⁾ Führt er jedoch zu einem Irrtum über die Rechts-

59) BGHSt 2, 196f; 5, 92; 9, 360; E 1962, Begr.S.133.

60) BGHSt 3, 255; 4, 352; 8, 323; BayObLGSt 1955, S. 59; E 1962, Begr. S.133; Welzel LB § 13 I 4; Kääb-Rösch Art. 2, Rdnr 20ff, 29ff.

61) BGHSt 7, 23; 9, 347; 13, 138; 13, 241; Welzel LB § 22 III 3.

62) E 1962, Begr. S. 133.

63) Nach Schröder kann der Subsumptionsirrtum sowohl Tatbestandsirrtum als auch Verbotsirrtum sein, vgl. Schönke-Schröder § 59 Rdnr 39.

widrigkeit der vorsätzlich begangenen Tat, so sind die Rechtsfolgen des Verbotsirrtums anzuwenden.⁶⁴⁾

Bei rechtlich-normativen Tatbestandsmerkmalen kann ein Rechtsirrtum bereits den Vorsatz ausschließen.

65) Hat der Täter die dem Gesetz entsprechende rechtliche Wertung nicht in seiner Laiensphäre nachvollzogen, so ist er nicht einem Verbotsirrtum, sondern einem Tatbestandsirrtum erlegen. Wer z.B. glaubt, durch den bloßen Kauf einer Sache deren Eigentümer geworden zu sein, handelt hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "fremde Sache" nicht vorsätzlich.⁶⁶⁾

Die inhaltliche Bestimmung von normativen Tatbestandsmerkmalen kann durch den Gesetzgeber selbst erfolgen oder der Rechtsprechung überlassen sein. Der Gesetzgeber kann das Tatbestandsmerkmal im Tatbestand selbst durch Aufzählung von Beispielen (z.B. für "niedrige Beweggründe" in § 211 II, "eine Verpflichtung enthaltende Urkunde in § 301 I), im gleichen Paragraphen (z.B. § 303 III E 1962) in einer anderen Vorschrift desselben Gesetzes (z.B. §§ 92, 93, 359) oder in anderen Gesetzen (z.B. die Jagdgesetze für "unter Verletzung fremden Jagdrechts" in § 292 I) umschreiben. Die das Tatbestandsmerkmal ausgestaltende Vorschrift tritt meistens zugleich mit der Strafdrohung in Kraft. Der Straftatbestand kann aber auch an bereits bestehende Umschreibungen anknüpfen. So ergibt sich der Inhalt des Wortes "fremd" seit jeher aus dem Sachenrecht. Gesetze, die einen in anderen Rechtsnormen benutzten Begriff näher umgren-

64) BGHSt 7, 23; 7, 265; 9, 347; 13, 138; Welzel LB § 22 III 3.

65) BGHSt 4, 107; 15, 213; 15, 338; 17, 91; BayObLGSt 1965, S. 8f und S. 67f.

66) E 1962, Begr. S. 133 und S. 401.

zen oder verdeutlichen, sind erläuternde (definitorische) Rechtssätze.

Ist die inhaltliche Bestimmung eines normativen Tatbestandsmerkmals dem Richter überlassen, so hat er es nach den anerkannten Methoden der Rechtsfindung auszulegen. Aus der richterlichen Umschreibung können durch Gerichtsgebrauch (ständige Rechtsprechung) Normen des Gewohnheitsrechts entstehen.⁶⁷⁾

Normative Tatbestandsmerkmale sind zuweilen unbestimmt. Da das Strafrecht die einschneidendsten Grundrechtsbeschränkungen zuläßt, hat der Gesetzgeber die mit Strafe bedrohten Verhaltensweisen mit klaren Formulierungen zu kennzeichnen. Der Inhalt von Strafgesetzen muß in einem Rechtsstaat gesetzlich beschrieben und vorhersehbar sein (Art. 103 II GG). Um der Vielgestaltigkeit des Lebens und dem Wandel der Verhältnisse Rechnung zu tragen, lassen sich Generalklauseln manchmal nicht vermeiden. Jedoch sollte der Gesetzgeber bestrebt sein, das verbotene Verhalten möglichst genau zu normieren.⁶⁸⁾

Die Bezeichnung unrechtsbetonender Ausdrücke als Tatbestandsmerkmale ist mehrdeutig.

a) Es kann damit gemeint sein, die Rechtswidrigkeit als Bewertung der gesamten Tat solle Bestandteil des Tatbestandes sein. Dies hätte die Ausschaltung von Verbotsirrtümern und Wahndelikten zur Folge. Auch die Unkenntnis des abstrakten Verbots und der Irrtum über

67) Siehe hierzu Schwalm, Referat, S. 11ff.

68) Vgl. BVerfGE 4, 357f; 11, 162; 11, 237f; 13, 161; 14, 185; 14, 251; 16, 200f; 19, 267; BVerfG NJW 1967, S. 619 und S. 1656; BGHSt 11, 377 und 18, 105f.

von der Rechtsordnung nicht anerkannte Rechtfertigungsgründe wären Tatbestandsirrtümer.⁶⁹⁾ Umgekehrt würde die trotz Kenntnis der Tatumstände bestehende irrtige Annahme, rechtswidrig zu handeln, zu einem untauglichen Versuch führen.

Den Widerspruch zur gesamten Rechtsordnung als Tatbestandsmerkmal aufzufassen, ist erheblichen Bedenken ausgesetzt. Dies ist mit der Schuldtheorie nicht zu vereinbaren und wird daher vom Bundesgerichtshof (BGHSt 2, 196f; 16, 158; 19, 298), dem Entwurf 1962 (70), Welzel, Gallas, Roxin und Hirsch⁷¹⁾ ausdrücklich abgelehnt.

Meines Erachtens liegt kein sachlich einleuchtender Grund vor, gerade bei den Strafgesetzen, die unrechtsbetonende Ausdrücke enthalten, von den Prinzipien der Schuldtheorie zugunsten der Vorsatztheorie abzuweichen. Es ist nicht ersichtlich, warum dann der Gesetzgeber z.B. bei Körperverletzungen und Beleidigungen kein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit verlangt hat. Die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs gibt keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers.⁷²⁾ Weder die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, zusammengestellt von Goldammer, noch die Motive

69) Vgl. BayObLGSt 1965, S. 68; Gallas, Ndschr. 13. Band, S. 376; Roxin, S. 133.

70) Begr. S. 133.

71) Welzel LB § 13 I 6, § 22 III; Gallas ZStW 67. Band, S. 24ff, Ndschr. 13. Band, S. 376; Roxin S. 133; Hirsch JZ 1963, S. 149ff.

72) So auch Lucas, Verschuldung, S. 91, und Praxis, S. 135; Kohlrausch, S. 72f; von Jaschke S. 5 und 12; Weinberg S. 73.

zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (Materialien Band II) lassen erkennen, ob mit der Hervorhebung unrechtsbetonender Merkmale in einzelnen Bestimmungen eine abweichende Irrtumsregelung getroffen werden sollte. Weil der Rechtsirrtum damals nur in engen Grenzen als strafbefreiend angesehen wurde, hätte es nahe gelegen, dieses Thema zum Gegenstand ausführlicher Diskussionen in den Vorberatungen zu machen oder es in das Gesetz selbst (in § 59) aufzunehmen. Da beides nicht geschehen ist und den Strafgesetzen mit unrechtsbetonenden Wörtern kein gemeinsames Prinzip zugrundeliegt, handelt es sich meines Erachtens um ein beredtes Schweigen des Gesetzes.

Die Deutung der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal würde die zur modernen Lehre vom Verbrechensbegriff gehörende Dreiteilung Tatbestand - Rechtswidrigkeit - Schuld aufheben. Sie widerspricht der Trennung von Tatumstand und Verbot sowie von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein als selbständigem Schuld-element. Die Behandlung des Irrtums über rechtlich nicht anerkannte Erlaubnissätze als Tatbestandsirrtum wäre schuldunangemessen und kriminalpolitisch unzweckmäßig. Die Annahme eines untauglichen Versuchs bei der falschen Beurteilung eines rechtmäßigen Verhaltens als rechtswidrig würde die Strafbarkeit auf Bereiche ausdehnen, wo die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht einmal abstrakt gefährdet sind, und zu einem Gesinnungsstrafrecht führen. Ein solches Ergebnis befürworten selbst Vertreter der Vorsatztheorie nicht. 73)

73) Vgl. Schönke-Schröder § 43 Anm. III, § 59 Rdnr 124f; Baumann LB § 27 II, § 33 I Nr. 4.

Die Auffassung, die Rechtswidrigkeit könne auch Tatbestandsmerkmal sein, beruht meines Erachtens auf gesetzespositivistischen Gedankengängen und ist historisch erklärbar. Die bloße Hervorhebung eines Wortes in einem Strafgesetz bewirkt jedoch noch kein Tatbestandsmerkmal. So finden sich nicht selten auch allgemeine Verbrechensmerkmale, Rechtfertigungsgründe, Schuldmerkmale, objektive Bedingungen der Strafbarkeit und Verfahrenshindernisse in Strafbestimmungen. Für die Rechtsnatur eines Merkmals ist allein sein sachlicher Gehalt maßgebend. Sogar Anhänger der Schuldtheorie berufen sich noch häufig auf Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder Unbefugtheit als Voraussetzung der Strafbarkeit genannt wurde.⁸⁾ Es wurde versucht nachzuweisen, daß das Reichsgericht eine solche Ansicht nicht vertreten hat. Es hat keine Ausnahme von seiner Irrtumsrechtsprechung zugelassen. Auch bei der Verwirklichung von Strafgesetzen mit unrechtsbetonenden Begriffen hat es nur den Tatsachen- und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum für beachtlich gehalten (RGSt 58, 249ff).

Die Meinung, bei unrechtsbetonenden Ausdrücken könne die Rechtswidrigkeit der gesamten Tat Tatbestandsmerkmal sein, ist demnach nicht haltbar. Bei den Einzeluntersuchungen wird sie daher unberücksichtigt bleiben.

b) Mit der Bestimmung als Tatbestandsmerkmal kann die Absicht verbunden sein, der unrechtsbetonenden Wendung lediglich einen sachlich-gegenständlichen Inhalt beizulegen. Ihr wird die Aufgabe zugewiesen, den noch nicht vom Strafgesetz erwähnten Teil der spezifischen Rechtsgutsverletzung zu beschreiben. Bei Unkenntnis der das Merkmal begründenden Umstände und ihrer Be-

deutung im sozialen Leben würde es sich um einen Tatbestandsirrtum handeln. Die juristisch fehlerhafte Definition des Begriffs trotz Bedeutungskenntnis würde einen Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum) ergeben.⁷⁴⁾ So hat der Bundesgerichtshof z.B. "pflichtwidrig" in § 356 im Sinne von "im entgegengesetzten Interesse" ausgelegt. Irre sich der Täter über die den Interessengegensatz bewirkenden Umstände und ihre Bedeutung im Rechtsleben, so soll der Vorsatz ausgeschlossen sein. Glaube er trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand des Parteiverrats gehörender Tatumstände, sich nicht "pflichtwidrig" zu verhalten, so komme nur ein Verbotsirrtum in Betracht.

Die so verstandene Charakterisierung unrechtsbetonender Ausdrücke als Tatbestandsmerkmale kann aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen nicht angefochten werden. Sie entspricht der Schuldtheorie und rechtsstaatlichen Anforderungen. Die Einzeluntersuchungen müssen zeigen, wann "rechtswidrig", "unbefugt" usw. diese Rechtsnatur aufweisen und welchen sachlich-gegenständlichen Inhalt sie jeweils besitzen.

74) Vgl. auch BayObLGSt 1960, S. 308, und 1965, S. 68; Roxin S. 144 und 146; Rösch-Meiser, Art. 9 Rdnr 36, 46.

2. Allgemeines Verbrechensmerkmal

Enthält ein unrechtsbetonender Ausdruck lediglich einen Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit, so ergibt sich die Irrtumsbehandlung aus den Grundsätzen der Schuldtheorie. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlich begangenen Tat ist Verbotsirrtum (BGHSt 2, 194ff). Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist ein selbständiges Schulselement. Fehlt es, so wird nicht der Bestand, sondern die Vorwerfbarkeit des Vorsatzes berührt (BGHSt 19, 299). War der Verbotsirrtum entschuldbar, so ist die Strafbarkeit ausgeschlossen. War er vorwerfbar, so kann die Vorsatzstrafe entsprechend § 44 II, III nach dem Maße der Vorwerfbarkeit gemildert werden. Nahm der Täter irrig rechtfertigende Umstände an, so wird er nach der herrschenden eingeschränkten Schuldlehre nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft (BGHSt 3, 105ff, ebenso § 20 I E 1962). Beruhte der Irrtum auf Fahrlässigkeit und ist die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht, so hat der Täter hiernach Strafe verwirkt.

Die Deutung eines unrechtsbetonenden Begriffs als allgemeines Verbrechensmerkmal und die entsprechende Irrtumsbehandlung ist keinen rechtsgrundsätzlichen Einwänden ausgesetzt. Ob eine Wendung diese Rechtsnatur aufweist, kann nur durch Auslegung des jeweiligen Strafgesetzes ermittelt werden.

Mit der Hervorhebung von allgemeinen Verbrechensmerkmalen in Strafgesetzen verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, den Richter auf häufig vorkommende oder in anderen Rechtsgebieten speziell geregelte Rechtfertigungsgründe aufmerksam zu machen. Zugleich sollen

Mißverständnisse in der juristisch nicht vorgebildeten Öffentlichkeit über die Zulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen vermieden werden. ⁷⁵⁾

3. Blankettmerkmal

Jedes Strafgesetz besteht aus Tatbestand und Strafdrohung. Die Eigentümlichkeit der Blankettstrafgesetze beruht auf der teilweisen oder vollständigen räumlichen Trennung von Tatbestand und Strafdrohung. Sie ersetzen die Beschreibung des ver- bzw. gebotenen Verhaltens ganz oder zum Teil durch die Bezugnahme auf eine Ergänzung durch andere Rechtsnormen. ⁷⁶⁾ Die Ausfüllungsnormen sind Verbots- oder Gebotsnormen. Es muß auf Tatbestandsmerkmale verwiesen werden. Der Hinweis auf Rechtfertigungsgründe stellt kein Blankettstrafgesetz dar. ⁷⁷⁾

Die Ausfüllungsnormen werden zumeist nicht vom Strafgesetzgeber, sondern von anderen Organen als förmliche Gesetze oder Rechtsverordnungen beschlossen. Sie können aber auch von der die Strafdrohung erlassenden Instanz selbst stammen. Die Ausfüllungsnorm kann in einem anderen Gesetz (§§ 38ff HGB - § 239 I Nr.3 KO), in einer anderen Bestimmung desselben Gesetzes (§§ 14, 16, 17 - 18 I Nr. 1 RPresseG) oder gar in einem anderen Satz desselben Paragraphen (§ 6 I, II - § 6 III GeschlKRG) enthalten sein. Mit einer Beschränkung der Blankettstrafgesetze auf die Gesetze, deren Ausfüllungsnormen von einer anderen Instanz erlassen werden

75) Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 297.

76) Vgl. BVerfGE 14, 252; Warda, Blankettstrafgesetze, S.5; Netzer S.21; Käbb-Rösch, Einführung, RdNr 217ff; Michels S.90ff; Paul S.27; Weidenbach S.7; Hesse GA 1968, S.227f; Lohberger S.14.

77) Warda, Blankettstrafgesetze, S.7.

(BGHSt 6, 40f), ist nichts gewonnen. Auch bei den "unechten" Blankettstrafgesetzen, deren Ausfüllungsnormen von derselben Instanz verkündet werden, sind Tatbestand und Strafdrohung räumlich getrennt. Die Irrtumsbehandlung unterliegt den für alle Blankettstrafgesetze geltenden Grundsätzen.⁷⁸⁾

Die in den Strafgesetzen enthaltenen Wendungen, die auf die Ausfüllungsnormen verweisen, können Blankettmerkmale genannt werden.⁷⁹⁾ Die Verweisung braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen. Es gibt auch konkludente Bezugnahmen.⁸⁰⁾ So haben z.B. der Bundesgerichtshof in "unbefugt" in § 5 I a AkadG (BGHSt 14, 227) und "nicht gerechtfertigt" in § 396 I AO a.F. (jetzt § 392 n.F.) (BGHSt 20, 180f) sowie das Bayerische Oberste Landesgericht in "rechtswidrig" in § 53 II (BayObLGSt 1965, S. 68) verdeckte Weisungen gesehen.

Die Verweisung kann sowohl positiver als auch negativer Art sein. Bei einer negativen Bezugnahme sind die in der Ausfüllungsnorm enthaltenen Merkmale echte Tatbestandsmerkmale, keine Rechtfertigungsgründe. Negative Blankettmerkmale sind z.B. "höhere Beitrags-
teile..., als dieses Gesetz zuläßt" in § 532 I Nr. 1 RVO, "andere als die nach § 9 zulässigen Stoffe" in § 18 I Biersteuergesetz und "an anderen Stellen als den zugelassenen Grenzübergängen oder außerhalb der

78) Warda, Blankettstrafgesetze, S. 11f.

79) So auch Hartl S. 21ff.

80) Warda, Blankettstrafgesetze, S. 13f; Lemp, SchwZStr 76. Band, S. 412; Weidenbach S. 19f, 23; verneinend Hartl S. 22. Vgl. auch Käab-Rösch Einführung, Rdnr 224.

festgesetzten Verkehrsstunden" in § 12 I Nr. 1 PaßG.

Blankettstrafgesetze sind grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Es sind allerdings die in Art. 103 II und 104 I GG verankerten rechtsstaatlichen Anforderungen zu beachten. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu einige Grundsätze aufgestellt (BVerfGE 14, 245, 252). Was strafbar sein soll, muß so deutlich bestimmt werden, daß die möglichen Fälle der Strafbarkeit schon aus dem Gesetz und nicht erst aus einer Rechtsverordnung ersehen werden können. Wird daher der Straftatbestand eines Blankettstrafgesetzes durch ein anderes Gesetz ergänzt, so kann es der Gesetzgeber des Blankettstrafgesetzes bei einer Verweisung auf die ausfüllende Norm bewenden lassen. Erfolgt die Ergänzung durch eine Rechtsverordnung, so genügt eine derartige Verweisung nicht; vielmehr müssen zugleich die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe im Gesetz hinreichend deutlich umschrieben werden (Art. 103 II in Verb. mit Art. 80 I 2 GG). Wenn ein Gesetz nicht selbst den Tatbestand festlegt, sondern zur Ergänzung auf andere Normen Bezug nimmt, so muß es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit klar erkennen lassen, welche Normen gelten sollen (BVerfGE 5, 25, 31).

Die Verwendung von Blankettstrafgesetzen beruht allein auf gesetzestechnischen Gründen.⁸¹⁾ Die häufigsten sind die Anpassung an zeitlich oder örtlich oft wechselnde Verhältnisse (z.B. bei §§ 327, 328) und die Vermeidung von Wiederholungen im Interesse der Vereinfachung, um zahlreiche Ver- oder Gebotsnormen,

81) Warda, Blankettstrafgesetze, S.8ff; Netzler S. 21f; Weidenbach S.5f; Lohberger S. 20ff.

die derselben Strafdrohung unterliegen, nicht einzeln nochmals aufführen zu müssen (z.B. bei § 392 AO und § 24 StVG).

Da die Form des Blankettstrafgesetzes allein auf gesetzestechnischen Erwägungen beruht, ist sie ein völlig wertneutrales Instrument der Gesetzgebung. Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht (BGHSt 20, 180f), die vom Reichsgericht befürwortete Unanwendbarkeit des § 2 II bei Änderung der Ausfüllungsnorm könne nicht aufrechterhalten werden, weil sie die Frage nach dem milderen Gesetz formal und willkürlich vom Zufall der Gesetzestechnik abhängig mache. Dies gilt entsprechend auch für die Irrtumsbehandlung bei Blankettstrafgesetzen. Sie weist keine sachlichen Besonderheiten auf. Lange⁸²⁾ kann deshalb nicht zugestimmt werden, wenn er hier die Verbotskenntnis als Bestandteil des Vorsatzes ansieht. Es trifft zwar zu, daß diese Gesetzesform vorwiegend im Recht der Ordnungswidrigkeiten anzutreffen ist. Es ist vertretbar, in diesem Bereich die Vorsatztheorie anzuwenden. Aber nicht bei jedem Blankettstrafgesetz handelt es sich um die Ahndung von Verwaltungsunrecht. Auch im Kriminalstrafrecht gibt es Blankettstrafgesetze (z.B. §§ 392, 396 AO, §§ 239 I Nr. 3, 240 I Nr. 3, 4 KO, §§ 106a, 107c, 315a I Nr. 2). Von der Verwendung dieses Instrumentes der Gesetzgebungstechnik kann also nicht allgemein auf eine bestimmte Wertqualität des Gegenstandes der Regelung geschlossen werden. Für die Frage nach der Geltung von Schuld- oder Vorsatztheorie kann nur maßgebend sein, ob und in welcher Stärke der Tatbestandsvorsatz tathemmende

82) Kohlrausch-Lange § 59 Anm. II 2, V 3d, VI; so auch Michels S. 89ff. Vgl. auch Hartl S. 22.

Wirkung hat. Dieser Gesichtspunkt steht aber mit der Wahl des Gesetzgebers zwischen geschlossenem und Blankettstrafgesetz in keinem Zusammenhang.⁸³⁾

Bei der Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum im Rahmen von Blankettstrafgesetzen sind daher die allgemeinen Regeln zu beachten.⁸⁴⁾ Die in räumlich getrennten Rechtsnormen befindlichen Tatbestandsmerkmale müssen zusammengefügt werden. So wird z.B. nach § 368 Nr. 8 bestraft, wer die polizeilich vorgeschriebenen Feuerlöschgerätschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält. Der Ausdruck "polizeilich vorgeschriebenen" verweist auf Ausfüllungsnormen. § 17 II der Bayerischen Landesverordnung über Waren- und Geschäftshäuser vom 25.11.1964 bestimmt: "Verkaufsräume im Kellergeschoß mit insgesamt mehr als 500 qm Nutzfläche müssen Feuerlöschanlagen mit selbsttätigen, über die Räume verteilten Sprühdüsen haben." Der vollständige Tatbestand des § 368 Nr. 8 lautet in diesem Fall: "Wer in seinen Verkaufsräumen im Kellergeschoß mit insgesamt mehr als 500 qm Nutzfläche Feuerlöschanlagen mit selbsttätigen, über die Räume verteilten Sprühdüsen überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält." Das Blankettmerkmal selbst ist kein Tatbestandsmerkmal. Weiß der Täter nicht, daß er die (durch die Ausfüllungsnorm ergänzten) Tatbestandsmerkmale verwirklicht, so erliegt er einem Tatbestandsirrtum. Irrt er sich über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlich

83) Ähnlich Netzler S. 21f, 66f.

84) Warda JR 1950, S.551, Blankettstrafgesetze, S.28, 31, 36ff; Welzel, MDR 1952, S.586, LB § 22 III 1e; Netzler S.21; Kääb-Rösch Einführung, Rdnr 236, Art. 2, Rdnr 24, 40, Vor Art. 36, Rdnr 8; Hesse, GA 1968, S. 228ff.

begangenen Tat, z.B. über Existenz oder Geltungsreich der Ausfüllungsnorm, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum. Bei einem Irrtum über ein Blankettmerkmal muß demgemäß streng unterschieden werden. Beruht er auf der Unkenntnis eines (im Strafgesetz oder in der Ausfüllungsnorm angegebenen) Tatbestandsmerkmals, so ist der Vorsatz ausgeschlossen (§ 59 I). Ist er auf die fehlerhafte Beurteilung der Rechtswidrigkeit trotz Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale zurückzuführen, so sind die Rechtsfolgen des Verbotsirrtums anzuwenden. Der Inhaber eines Warenhauses erliegt demnach einem Tatbestandsirrtum, wenn er nicht weiß, daß seine Verkaufsräume im Kellergeschoß mehr als 500 qm Nutzfläche aufweisen. Weiß er dies, ist ihm aber unbekannt, daß er in solchen Verkaufsräumen Feuerlöschanlagen mit selbsttätigen, über die Räume verteilten Sprühdüsen in brauchbarem Zustand halten muß, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum.

Der Grundsatz *nullum crimen sine lege scripta* verlangt nicht, die Blankettmerkmale in die Gruppe der Tatbestandsmerkmale einzubeziehen. Nach diesem Prinzip müssen sich alle unrechtskonstituierenden Merkmale aus dem geschriebenen Gesetz selbst ergeben. Zu dieser Gruppe gehört das Blankettmerkmal nicht. Der mit Strafe bedrohte Verhaltenstypus wird von den im Strafgesetz und in der Ausfüllungsnorm enthaltenen Tatbestandsmerkmalen erschöpfend bestimmt. Wenn sich der Tatbestand auch nicht aus einer, sondern aus mehreren Rechtsnormen ergibt, so ist doch Art. 103 II GG nicht verletzt (BVerfGE 14, 252). Auch bei einem Blankettstrafgesetz lassen sich sämtliche unrechtskonstituierenden Tatbestandsmerkmale dem geschriebenen Gesetz entnehmen. Das Blankettmerkmal besitzt

nicht die für Tatbestandsmerkmale wesentliche Eigenschaft, den Deliktstypus sachlich-gegenständlich zu beschreiben. Es ist lediglich ein formales Instrument der Gesetzestechnik. Es macht die Rechtsunterworfenen und den Richter darauf aufmerksam, daß der im Strafgesetz befindliche Tatbestand unvollständig ist und durch die Ausfüllungsnorm ergänzt werden muß. Das Blankettmerkmal ist nur der auf Grund der räumlichen Trennung zweckmäßige Wegweiser vom Strafgesetz zur Ausfüllungsnorm. Für die Unrechtsbestimmung hat es keine sachliche Bedeutung. Wenn man die in der Strafdrohung und in der Ausfüllungsnorm vorhandenen Tatbestandsmerkmale zu einem geschlossenen Tatbestand zusammenfügt, zeigt sich, daß das Blankettmerkmal zur Indizierung der Rechtswidrigkeit nicht benötigt wird. Eine solche Funktion wurde ihm vom Gesetzgeber auch gar nicht übertragen. Daher taucht in dem durch § 17 II der Bayerischen Landesverordnung über Waren- und Geschäftshäuser ergänzten Tatbestand des § 368 Nr. 8 das Blankettmerkmal "polizeilich vorgeschriebenen" nicht auf. Es gehört nicht zur Beschreibung des spezifischen Unrechtsgehalts dieser Übertretung.

Die Deutung eines unrechtsbetonenden Ausdrucks als Blankettmerkmal kann aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen nicht beanstandet werden. Die Auslegung des einzelnen Strafgesetzes muß ergeben, ob ihm diese Rechtsnatur zukommt.

4. Rechtspflichtmerkmal

Eine Auseinandersetzung mit der Theorie der Rechtspflichtmerkmale ist notwendig, da "unbefugt", "eigenmächtig" und "ohne behördliche Erlaubnis" als Beispiele genannt werden.

a) Welzels Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen

Die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen (speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen) geht auf Welzel und Armin Kaufmann zurück.⁸⁵⁾ Strafgesetzliche Merkmale, die bisher als rechtlich-normative Tatbestandsmerkmale, allgemeine Verbrechenmerkmale oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit angesehen wurden, werden besonderen Regeln unterworfen. Die Zahl der Rechtspflichtmerkmale hat Welzel inzwischen eingeschränkt, hält aber weiter an deren dogmatischer Eigenart fest. In der zehnten Auflage seines Lehrbuchs (aaO) rechnet er "rechtsgültig" in § 110, "rechtmäßig" in § 113, "zuständig" in §§ 110, 116, 137, "eigenmächtig" in § 15 WStG, § 109c, "ohne behördliche Erlaubnis bzw. polizeiliche Erlaubnis" (z. B. in § 284), die Rechtsgültigkeit der Siegelung in § 136 und der Beschlagnahme in § 137 zu dieser Gruppe. Bei dem früher generell zu den Rechtspflichtmerkmalen gezählten Wort "unbefugt" nimmt Welzel neuerdings Unterscheidungen vor. Meist bedeute es "rechts-

85) Welzel ZStW 67.Band, S.224, LB § 14 I 2c, § 22 III 1c, Ndschr. 2.Band, S. 17f. Vgl. hierzu Roxin S. 1ff und Kunert S. 63ff. Armin Kaufmann S. 101, 257, 282f. Vgl. hierzu Roxin S. 12ff und Kunert S. 66ff.

widrig" und weise auf die Möglichkeit spezieller Rechtfertigungsgründe hin (§§ 123, 136, 168, 290, 296a, 300, 353b und c). Im Unterschied hierzu sei es in § 132 ein negatives Tätermerkmal ("ohne das öffentliche Amt innezuhaben"). Ähnlich verhalte es sich mit "unbefugt" in § 107a ("ohne Wahlberechtigung"). Wieder anders bedeute der Begriff des "Unbefugten" in § 99 a.F. (jetzt 94 n.F.) einen Blankettbegriff, der durch die einschlägigen staats- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften ausgefüllt werde.

Nach Welzel geben die Tatbestände das Unrecht nicht immer erschöpfend durch sachlich-gegenständliche Merkmale an. Die Strafgesetze enthielten neben den Tatbestandsmerkmalen reine Rechtspflichtmerkmale, die nicht die Tatbestandshandlung des Täters beschrieben, sondern lediglich seine Rechtspflicht kennzeichneten. Der Tatbestand sei dann "offen", d.h. er indiziere nicht die Rechtswidrigkeit. Der Richter müsse hier nicht wie bei den "geschlossenen" Tatbeständen in einem negativen Verfahren, sondern durch ein positives Werturteil die Rechtswidrigkeit feststellen, indem er die Rechtspflichtmerkmale nachweise. Diese seien weder Tatbestandsmerkmale noch objektive Bedingungen der Strafbarkeit, sondern vorsatzunabhängige Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit der Täterhandlung.

Der Irrtum über die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale ist für Welzel ein Verbotsirrtum, gleichgültig, worauf er beruht. Auch der Irrtum über die das Rechtspflichtmerkmal begründenden Umstände soll kein Tatbestandsirrtum sein. Demgemäß soll die irrige Annahme eines Rechtspflichtmerkmals kein untätlicher Ver-

such, sondern ein strafloses Wahndelikt sein. Welzels Irrtumsbehandlung der speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale weicht damit von den Ergebnissen ab, die bei den zuvor erörterten Deutungen unrechtsbetonender Ausdrücke entstehen. Die Auslegung als Tatbestandsmerkmal und Blankettmerkmal läßt Raum für Tatbestandsirrtümer und untauglichen Versuch. Bei der Bestimmung als allgemeines Verbrechensmerkmal entfällt beim Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nach der eingeschränkten Schuldtheorie ebenfalls die Vorsatzstrafe. Verneint der Täter irrig das Vorliegen unrechtsausschließender Umstände, so muß er wegen untauglichen Versuchs bzw., bei Anerkennung eines subjektiven Rechtfertigungselementes, vollendeter Tat bestraft werden.

Der Bundesgerichtshof hat sich Welzels Lehre nicht angeschlossen. In BGHSt 3, 248, 253f lehnte er es ausdrücklich ab, die Zuständigkeit der den Eid abnehmenden Stelle als reines Rechtspflichtmerkmal zu behandeln. Dies hatte Welzel früher getan.⁸⁶⁾ Nach Meinung des Bundesgerichtshofs liegt ein normatives Tatbestandsmerkmal vor. Die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung in § 113 beurteilte er als objektive Bedingung der Strafbarkeit (BGHSt 4, 161; 5, 251f; 21, 335ff, 365), ebenso die Rechtmäßigkeit der Aufforderung in § 116 I (BGHSt 5, 245).

Die herrschende Meinung im Schrifttum hat sich gleichfalls geweigert, die Konstruktion der Rechtspflicht-

86) JZ 1953, S. 119ff. Heute nimmt Welzel einen Blankettbegriff an, LB § 14 I 2c, § 77 I 1b.

merkmale anzuerkennen.⁸⁷⁾ Zu Widerlegung werden allerdings zum Teil sehr unterschiedliche Begründungen vorgetragen. Maurach⁸⁸⁾ faßt die überwiegende Auffassung zusammen, wenn er betont, daß die Unterscheidung zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtspflichtmerkmalen willkürlich sei. Auch die Tatbestandsmerkmale bestimmten das Unrecht und seien daher Rechtspflichtmerkmale. Die Aufgaben der Unrechtsbestimmung und Handlungsbeschreibung flößen ineinander über. Ein Auseinanderhalten von Tatbestandsmerkmalen und Rechtspflichtmerkmalen sei undurchführbar und müsse in den Konsequenzen zu materieller Ungerechtigkeit oder Rechtsunsicherheit führen. Roxin meint,⁸⁹⁾ die Tatsache, daß ein Merkmal die Rechtspflicht des Täters begründe, schließe nicht aus, daß es die Tathandlung oder das Tatobjekt sachlich-gegenständlich beschreibe und damit zum Tatbestand im Sinne Welzels gehöre. Die Rechtspflichtmerkmale müßten bei der Irrtumsbehandlung in ihre tatbeschreibenden und gesamtatbewertenden Elemente zerlegt werden.⁹⁰⁾ Darüber vgl. näher b).

87) Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 187ff, 206; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 281ff, 307f, FN 121 ebenda; Maurach AT § 38 II B 4, NJW 1962, S. 767f; Baumann LB § 26 II 4a, § 27 I 4b; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 188f, Materialien Band 1, S. 279f; Roxin S. 132 ff; Bockelmann Ndschr. 5.Band, S.239, 13. Band, S.618; Schönke-Schröder § 59 Rdnr 111; Busch, Mezger-Festschrift, S. 175f; Bruns Hans-Jürgen S.34; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V 3b; LK § 59 Anm. I 3b; Mezger Ndschr. 2.Band, S.23; Gallas ZStW 67.Band, S.25; Engisch, ZStW 70. Band, S.582.

88) NJW 1962, S.768.

89) S. 58.

90) S. 135.

Hirsch⁹¹⁾ ist der Auffassung, den Rechtspflichtmerkmalen komme ein eigener Platz im Verbrechensaufbau nicht zu. Es gebe nur "geschlossene" Tatbestände. Auch dort, wo Welzel Rechtspflichtmerkmale annehme, indiziere der Leitbildtatbestand die Rechtswidrigkeit. Jene Merkmale gehörten entweder zum Tatbestand oder zur Rechtfertigung. Sie seien teils Tatbestandsmerkmale oder Verweisungen auf in Ausfüllungsnormen befindliche Tatbestandsmerkmale, teils beträfen sie nur die Rechtfertigungsfrage.

Die von Welzel als Rechtspflichtmerkmale bezeichneten Ausdrücke in einigen Strafgesetzen weisen durchweg rechtlich-normativen Charakter auf. Die Ermittlung ihrer Rechtsnatur und die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bereitet bei ihnen besondere Schwierigkeiten. Angesichts dieser gemeinsamen Eigenschaften mag es zweckmäßig sein, mit Hilfe eines einheitlichen Namens auf sie aufmerksam zu machen. Meines Erachtens ist es jedoch nicht gerechtfertigt, sie eigenen Rechtsfolgen zu unterwerfen.

Umschreibt der Tatbestand ohne das Rechtspflichtmerkmal vollständig die spezifische Rechtsgutsverletzung, so kann es sich um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit oder um ein allgemeines Verbrechensmerkmal handeln. Ein objektive Bedingung der Strafbarkeit liegt vor, wenn das Merkmal zur Begründung der Rechtswidrigkeit nicht notwendig ist, der Gesetzgeber es lediglich aus kriminalpolitischen Gründen zu einer Voraussetzung der Strafbarkeit bestimmt hat.⁹²⁾ Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind keine

91) Negative Tatbestandsmerkmale S. 296ff.

92) Vgl. E 1962, S. 133.

Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören (§ 59 I). Sie müssen also vom Vorsatz nicht umfaßt sein. Ein Irrtum über sie ist unbeachtlich, es sei denn, er führt zu einem Verbotsirrtum. Ist das Rechtspflichtmerkmal ein allgemeines Verbrechensmerkmal, so stellt der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlich begangenen Tat (Irrtum über abstraktes Verbot, Existenz und Grenzen der Rechtfertigungsgründe) einen Verbotsirrtum dar. Die Anhänger der eingeschränkten Schuldtheorie behandeln den Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wie einen Tatbestandsirrtum. Nach der von Welzel vertretenen strengen Schuldtheorie muß in beiden Fällen ein Verbotsirrtum angenommen werden.

Kennzeichnet der Tatbestand den Deliktstypus auch ohne das Rechtspflichtmerkmal umfassend, so ist die Konstruktion dieser Begriffe dogmatisch entbehrlich, weil es sich entweder um objektive Bedingungen der Strafbarkeit oder um allgemeine Verbrechensmerkmale handelt. Welzels Irrtumsergebnisse (nur Verbotsirrtum möglich) sind hier allerdings vom Standpunkt einer sich auf die Rechtspflichtmerkmale beschränkenden Kritik aus nicht anfechtbar. Wenn die herrschende Meinung zum Teil die Vorsatzstrafe entfallen läßt, so mündet die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen in die allgemeine Frage, welche der beiden Schuldlehren sachgerechter ist.

Vermag der Tatbestand ohne das Rechtspflichtmerkmal den Deliktstypus nicht vollständig zu umschreiben, so kann Welzels Irrtumsbehandlung nicht zugestimmt werden. Hier soll die Tatbestandsmäßigkeit wertneutral sein und die Rechtswidrigkeit nicht indizieren. Obwohl das Merkmal bzw. seine konstituierenden Um-

stände zur Bezeichnung der spezifischen Rechtsgutsverletzung notwendig sind, werden sie in den Bereich der Rechtswidrigkeit verwiesen. Ihre Rechtsnatur würde damit nicht mehr von ihrem sachlichen Gehalt und ihrer materiellen Bedeutung für den Verbrechensaufbau abhängen. Die von Welzel an die Rechtspflichtmerkmale geknüpften Rechtsfolgen stehen in diesen Fällen in Widerspruch zu seinen sonstigen Grundsätzen. Lange, Roxin und Hirsch haben zu Recht darauf hingewiesen, daß Welzel nicht konsequent sei.⁹³⁾

Bewirkt die Annahme von Rechtspflichtmerkmalen, daß der Tatbestand wertneutrale Verhaltensweisen angibt, so verstößt die von Welzel vorgeschlagene Irrtumsbehandlung meines Erachtens gegen das Schuldprinzip. Die gegenüber dem Tatbestandsirrtum wesentlich strengereren Rechtsfolgen des Verbotsirrtums werden mit der potentiell-hemmenden Wirkung des Tatbestandsvorsatzes gerechtfertigt.⁹⁴⁾ Der Entschluß, eine spezifische Rechtsgutsverletzung vorzunehmen, ist geeignet, Impulse zu vermitteln, von der Tat abzustehen. Durch die Konstruktion der Rechtspflichtmerkmale erhält man jedoch in einigen Fällen Tatbestände, die sittlich indifferente Handlungen benennen. Gegen den Täter kann dann aber wegen der fehlenden Impulswirkung des Tatentschlusses kein Vorwurf erhoben werden, wenn er sich über die Rechtmäßigkeit seines Tuns keine Gedanken machte.

93) Lange JZ 1953, S. 13; Roxin S. 97ff; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 281f, 296, 307f.

94) Engisch ZStW 70. Band, S. 572, 575f, 588; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle; S. 179ff; Naka JZ 1961, S. 210. Vgl. auch BGHSt 16, 158.

Die durch die Annahme von Rechtspflichtmerkmalen entstehende Wertneutralität der Tatbestandsmäßigkeit und die mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbarende Irrtumsbehandlung können mit Hilfe bekannter strafrechtsdogmatischer Begriffe behoben werden. Das Rechtspflichtmerkmal ist hier (rechtlich-normatives) Tatbestandsmerkmal oder Blankettmerkmal. Bei der Deutung als Tatbestandsmerkmal statt eines Rechtspflichtmerkmals ist der Tatbestand vollständig im Strafgesetz enthalten. Liegt ein Blankettmerkmal vor, so befinden sich die fehlenden Tatbestandsmerkmale in anderen Rechtsnormen. Strafgesetz und Ausfüllungsnorm müssen zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefügt werden. In beiden Fällen vermag das tatbestandsmäßige Verhalten die Rechtswidrigkeit zu indizieren.

Auch bei der Irrtumsbehandlung erhält der Tatbestandsirrtum den ihm gebührenden Raum. Verkennt der Täter die das normative Tatbestandsmerkmal begründenden Umstände oder deren Bedeutung im sozialen Leben, so ist sein Vorsatz ausgeschlossen. Hat er jedoch diese Kenntnis und legt er nur den gesetzlichen Begriff falsch aus, so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum. Falls dieser zu einer Fehlbeurteilung der Rechtswidrigkeit der vorsätzlich begangenen Tat führt, sind die Grundsätze des Verbotsirrtums anzuwenden. Handelt es sich um ein Blankettmerkmal, so entfällt der Vorsatz, wenn der Täter nicht weiß, daß er die (durch die Ausfüllungsnorm ergänzten) Tatbestandsmerkmale verwirklicht. Hat er den Tatbestand vorsätzlich erfüllt, so ist sein Irrtum über die Rechtswidrigkeit (einschließlich der Existenz und des Geltungsbereichs der Ausfüllungsnorm) ein Verbotsirrtum.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Welzels Irrtumsbehandlung bei den Rechtspflichtmerkmalen dem Schuldprinzip widerspricht, wenn ohne diese Begriffe der Tatbestand wertneutrale Verhaltensweisen beschreibt. Welzels Konstruktion ist strafrechtsdogmatisch in jedem Fall überflüssig. Bei den Rechtspflichtmerkmalen geht es um bereits bekannte Merkmale. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein (rechtlich-normatives) Tatbestandsmerkmal, ein Blankettmerkmal, ein allgemeines Verbrechensmerkmal oder eine objektive Bedingung der Strafbarkeit vorliegt. Dieser Ansicht scheint auch Welzel selbst neuerdings zuzuneigen, wenn er bei dem Wort "unbefugt" untersucht, ob es sich um einen Hinweis auf spezielle Rechtfertigungsgründe, ein negatives Tätermerkmal oder einen Blankettbegriff handelt.¹⁰²⁾

b) Roxins Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen

Roxin bekämpft die von Welzel an die Rechtspflichtmerkmale geknüpften Rechtsfolgen. Er mißdeutet diesen Ausdrücken eine andere Bedeutung bei, bleibt jedoch Welzels Terminologie und in etwa dem Umfang der Beispiele treu.⁹⁵⁾ Die Rechtspflichtmerkmale unterscheiden sich seiner Meinung nach von gewöhnlichen Tatumständen (auch jenen rechtlich-normativer Art). Die Kenntnis eines solchen Merkmals bringe dem Täter entweder immer oder doch wenigstens im Regelfall die formelle Rechtswidrigkeit seines Tuns mit logischer Notwendigkeit zum Bewußtsein. Die Rechtspflichtmerkmale hätten Doppelnatur. Sie bestimmten die Rechtspflicht und beschrieben die Tat. In ihnen würden sich be-

95) Vgl. S. 76ff, 81ff, 132ff, 135, 188.

schreibende und gesamtthatbewertende Elemente in einem Wort verschlingen. Sie müßten bei der Irrtumsbehandlung zertrennt werden. Wenn ein Täter sich über ein Rechtspflichtmerkmal irre, befinde er sich im Tatbestandsirrtum, soweit seine Fehlvorstellung sich auf die beschreibenden Elemente erstrecke; dagegen liege ein Verbotsirrtum vor, wenn der Täter sich bei voller Kenntnis der für das Unrecht maßgebenden sachlichen Umstände nur über das Verbotensein der Handlung irre. Als Anhänger der Lehre vom Gesamtthatbestand macht Roxin keinen Unterschied, ob die in einem Rechtspflichtmerkmal enthaltenen beschreibenden Elemente unrechtsbegründender oder unrechtausschließender Natur sind.

Schaffstein hat sich Roxins Ansichten angeschlossen.

96) Er fügt allerdings hinzu, daß es für die Unterscheidung von normativen Tatbestandsmerkmalen und Rechtspflichtmerkmalen nicht darauf ankomme, daß die Kenntnis der letzteren regelmäßig mit der Verbotskenntnis identisch sei. Nicht, daß diese Identität regelmäßig, sondern daß sie immer und notwendig bestehe, kennzeichne die Rechtspflichtmerkmale.

Bei der Untersuchung, ob Roxins Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen eine strafrechtsdogmatische Eigenart aufweist, soll zunächst wieder der Fall geprüft werden, bei dem der (Leitbild-)Tatbestand ohne den Begriff vollständig ist. Hier beschreiben die Rechtspflichtmerkmale die Tat nur, soweit sie aus unrechtausschließenden Umständen bestehen. Zugleich bergen sie das Rechtswidrigkeitsurteil in sich. Damit stellen sie aber allgemeine Verbrechensmerkmale dar. Für

96) Festschrift für das OLG Celle S.189, 194.

Roxin selbst ist "unbefugt" lediglich eine Zusammenfassung von fehlenden Unrechtsausschließungsgründen.⁹⁷⁾ In diesem Bereich ist somit die Konstruktion der Rechtspflichtmerkmale dogmatisch entbehrlich. Auch die Irrtumsbehandlung besitzt gegenüber der Deutung als allgemeines Verbrechenmerkmal keine Besonderheit. Sie entspricht den Grundsätzen der eingeschränkten Schuldtheorie.

Der mögliche Wortsinn der Ausdrücke "unbefugt" und "eigenmächtig" erlaubt an sich die Auslegung, beide stellten das Rechtswidrigkeitsurteil über die gesamte Tat dar.⁹⁸⁾ Es ist Roxin zuzugeben, daß diese Begriffe mit einer solchen Bedeutung keine Tatbestandsmerkmale sein können, auch dann nicht, wenn ohne sie die Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung unvollständig ist.⁹⁹⁾ Sonst wäre das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Bestandteil des Vorsatzes. Das widerspräche der Schuldtheorie. Die Wendung kann jedoch Tatbestandsmerkmal sein, wenn im Wege der Auslegung ihre Bedeutung auf die noch fehlende Beschreibung des Deliktstypus beschränkt wird. Nach der Terminologie Roxins ist sie dann freilich kein Rechtspflichtmerkmal mehr, weil ihr der gesamtatbewertende Charakter fehlt. Befindet sich das fehlende Tatbestandsteil in anderen Rechtsnormen (Ausfüllungsnormen), so liegt ein Blankettmerkmal vor. Roxin weist selbst auf die sachliche Übereinstimmung der Rechtspflichtmerkmale mit den Blankettmerkmalen hin.¹⁰⁰⁾

97) S. 54, 164.

98) S. 79, 81.

99) S. 133.

100) S. 138.

Seine Konstruktion ist also auch dann strafrechtsdogmatisch überflüssig, wenn ohne das Rechtspflichtmerkmal der Tatbestand unvollständig ist. Ebenso kennt die Irrtumsbehandlung keine Besonderheit. Roxins Ergebnisse stimmen mit denen überein, die bei Annahme von normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettmerkmalen zustandekommen.¹⁰¹⁾ In beiden Fällen muß ähnlich zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum (Subsumtionsirrtum) unterschieden werden (siehe Teil II, Kap. A 1) und 3)).

Roxins Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen ist entbehrlich. Die zu dieser Gruppe gezählten Beispiele lassen sich mit Hilfe der bereits bekannten Begriffe deuten. Im Wege der Auslegung ist zu ermitteln, ob es sich um Tatbestandsmerkmale, Blankettmerkmale oder allgemeine Verbrechensmerkmale handelt.

5. Rechtspflichtmerkmal und zugleich spezielles Schuldmerkmal

Welzel vertritt die Auffassung, das Wort "eigenmächtig" in § 15, 16 WStG, § 109c sei nicht nur ein spezielles Rechtswidrigkeits-, sondern auch ein spezielles Schuldmerkmal. Es bedeute das Handeln (objektiv) ohne Berechtigung und (subjektiv) in Kenntnis des Berechtigungs mangels.¹⁰²⁾

Es wurde versucht nachzuweisen, daß die Rechtspflichtmerkmale keine dogmatische Eigenart besitzen und sich

101) Vgl. S. 136f und 138.

102) LB § 14 I 2c.

mit den herkömmlichen Begriffen bestimmen lassen. Welche objektive Bedeutung dem Ausdruck "eigenmächtig" in Wahrheit zukommt, soll Aufgabe der Einzeluntersuchung sein (Teil III, Kap. L). An dieser Stelle wird rechtsgrundsätzlich nur die behauptete Rechtsnatur eines speziellen Schuldmerkmals geprüft.

Nach Welzel¹⁰³⁾ kann das Verbot nicht dem Tatbestand angehören, weil das Verbot, einen Tatbestand zu verwirklichen, nicht Teil eben dieses Tatbestandes sein könne, und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ein vom Vorsatz getrenntes selbständiges Schulselement sei. Der Gesetzgeber könne aber anordnen, daß eine (vorsätzliche) Tat nur bei Verbotskenntnis bestraft werden solle. Damit schließe er jeden Verbotsirrtum (auch den vermeidbaren) von der Strafbarkeit aus. Wählt Welzel eine abweichende dogmatische Begründung, so führen die Annahme eines Tatbestandsmerkmals und die Deutung als spezielles Schuldmerkmal bei der Behandlung des Irrtums zugunsten des Täters doch zum gleichen Ergebnis. Nach beiden Auslegungen kann der Täter bei Unkenntnis der fehlenden Berechtigung nicht wegen Fahnenflucht (§ 16 WStG) bestraft werden. Aber nicht in allen Fällen sind die Auswirkungen identisch. Bei einem Irrtum des Täters über den Berechtigungsmangel könnte ein Teilnehmer nicht verurteilt werden, wenn man in "eigenmächtig" ein Tatbestandsmerkmal sieht. Geht man von einem speziellen Schuldmerkmal aus, so läßt ein solcher Irrtum dagegen den Vorsatz unberührt und schließt nur die Schuld aus. Der Begriff der "mit Strafe bedrohten Handlung" im Sinne von §§ 48, 49 (§ 3 I WStG) wäre erfüllt. Ein Teilnehmer, der den Berechtigungsmangel

103) LB § 22 III 4.

des Täters kennt, müßte schuldig gesprochen werden. Im Bereich des umgekehrten Irrtums liegt bei Welzels Lösungsvorschlag nur ein strafloses Wahndelikt vor, weil "eigenmächtig" objektiv ein Rechtspflichtmerkmal sein soll. Wäre es ein Tatbestandsmerkmal, so müßte wegen untauglichen Versuchs bestraft werden (§ 16 I, II WStG).

Die Bestimmung als spezielles Schuldmerkmal bedeutet eine Abweichung von der Schuldtheorie zugunsten der Vorsatztheorie. Dem Gesetzgeber wird man die Befugnis zu einer solchen Regelung zubilligen müssen.¹⁰⁴⁾ Gegen Welzels Deutung kann somit ein Einwand rechtsgrundsätzlicher Art nicht erhoben werden. Ob das Wort "eigenmächtig" wirklich die Rechtsnatur eines speziellen Schuldmarkmals aufweist, kann erst die Auslegung der §§ 15, 16 WStG, § 109c ergeben (Teil III, Kap. L).

104) Welzel LB §. 22 III 4; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4; Roxin S. 153; Schafheutle Ndschr. 6. Band, S. 283; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, FN 40, S. 279f.

B. Methoden zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum
und Verbotsirrtum bei unrechtsbetonenden Aus-
drücken

1. Methoden zur Unterscheidung von Tatbestandsmerk-
mal und allgemeinem Verbrechensmerkmal

Die für die Irrtumsbehandlung bedeutsame Frage, ob ein Tatbestandsmerkmal oder ein allgemeines Verbrechensmerkmal vorliegt, bereitet häufig erhebliche Schwierigkeiten. In Rechtsprechung und Lehre würde versucht, mit Hilfe bestimmter Abgrenzungsmethoden dieses Problem zu lösen.

a) Dohna, Welzel, Engisch und Schaffstein unterscheiden zwischen Objekt der Wertung und Wertung des Objekts.¹⁰⁵⁾ Objekt seien die zu einem gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände, Wertung sei die Tatbestandsmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit. Lange meint, bei sinnhafter Einzelzuordnung sei der Ausdruck ein Tatbestandsmerkmal; wenn es um den Unwertsaldo gehe, sei das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit anzunehmen.¹⁰⁶⁾ Mezger, Busch und Schaffstein bejahen ein Tatbestandsmerkmal, wenn es sich um die Bewertung eines einzelnen Teilstücks des Sachverhalts, um Einzelwertung, handelt. Bei rechtlicher Bewertung der Gesamttat, bei Gesamtwer-

105) Dohna, Verbrechenslehre, S. 19; Welzel LB § 13 I 6; Engisch, Rechtsleben, Band I, S. 413; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 177, 201.

106) Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V 2.

tung, habe man es mit dem allgemeinen Verbrechensmerkmal zu tun.¹⁰⁷⁾

Die geschilderten Lösungshinweise helfen meines Erachtens nicht weiter. Sie beschreiben an sich die Begriffe Tatbestand und Rechtswidrigkeit durchaus zutreffend. Ein Kriterium für die Unterscheidung geben sie jedoch nicht an. Es bleibt offen, wann Objekt oder Wertung, sinnhafte Einzelzuordnung oder Unwertsaldo, Einzelwertung oder Gesamtwertung gegeben sind. Busch und Schaffstein machen selbst darauf aufmerksam, daß mit ihren Abgrenzungsformeln nur eine Richtlinie aufgezeigt werde.¹⁰⁸⁾ Es bedürfe im einzelnen Fall der sorgfältigen Analyse des Tatbestandes, um zu erkennen, ob ein Merkmal die Bewertung eines einzelnen Tatbestandes oder die Bewertung der Gesamttat darstelle.

b) Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs liegt ein Tatbestandsmerkmal vor, wenn das Strafgesetz nur ein einzelnes, den Tatbestand, das Unrecht, den Unrechtsgehalt mitbegründendes, gleichgeordnet neben den übrigen Tatbestandsmerkmalen stehendes Merkmal erwähne; ein allgemeines Verbrechensmerkmal sei anzunehmen, wenn das Wort die Gesamtbewertung des Tatbestandes hervorhebe (BGHSt 2, 195, 197; 5, 311; 16, 158). Ähnlich definieren Gallas, Schweikert, Michels, Roxin und Netzler das Tatbestandsmerkmal als ein Merkmal,

107) Mezger, NJW 1953, S. 5; Busch, Mezger-Festschrift, S. 169f, Landesreferate, S. 342; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 188, ZStW 72. Band, S. 395.

108) Busch, Landesreferate, S. 342; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 188.

das den Unrechtsgehalt der betreffenden Deliktsart mitbestimme und die Tat beschreibe, während allgemeine Verbrechensmerkmale gesamtatbewertenden Charakter hätten.¹⁰⁹⁾ Der Bundesgerichtshof (BGHSt 9, 360) sowie Schäfer und Gollwitzer¹¹⁰⁾ haben diesen Gedanken auch unter einem formalen Gesichtspunkt betont. Danach sollen rechtliche Verhältnisse oder Begriffe Tatbestandsmerkmale sein, wenn sie ein selbständiges Dasein außerhalb des Verbotes haben, das der gesetzliche Tatbestand ausdrückt, wenn sie gleichsam schon vor dem Tatbestand da waren, jedenfalls unabhängig von ihm bestehen und zu seinem Aufbau verwendet werden.

Mit dem Hinweis auf die Mitbegründung des Unrechtsgehalts bei Tatbestandsmerkmalen wird ein brauchbares Abgrenzungskriterium genannt. Der Unrechtsgehalt ist nach Warda¹¹¹⁾ eine Qualität der ge- oder verbotenen Handlung. Der spezifische Unrechtsgehalt werde durch das Gewicht des geschützten Rechtsguts, den Grad der Beeinträchtigung (Verletzung oder Gefährdung) und die Art und Weise ihrer Herbeiführung geprägt. Damit sind die Objekte von Erfolgs- und Verhaltensunwert angesprochen, die für den jeweiligen strafwürdigen Deliktstypus bezeichnend sind.

c) Nach Maurach, Dreher, Rösch, Gollwitzer, Schäfer Busch, Lackner, Hartl, von Jaschke, Netzler und der

109) Gallas ZStW 67.Band, S.25; Schweikert S.116, 118; Michels S. 100; Roxin S. 135f; Netzler S. 28.

110) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1c, S.79; Gollwitzer in Kääb-Rösch, Art. 2, Rdnr 20.

111) ZStW 75.Band, S. 300f.

Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes ist ein Wort Tatbestandsmerkmal, wenn es sich auf ein einzelnes, den Unrechtsgehalt mitbegründendes Merkmal bezieht; beziehe es sich dagegen auf die Gesamthandlung, so sei es allgemeines Verbrechensmerkmal. 112)

Auch diese Abgrenzungsmethode kann nützlich sein. Freilich ist in manchen Fällen nicht leicht zu entscheiden, ob sich eine Wendung auf ein Tatbestandsmerkmal oder auf die Gesamthandlung bezieht (vgl. z.B. "rechtswidrig" in § 246 und "pflichtwidrig" in § 356). Busch und die Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes haben ihren Hinweis deshalb konkretisiert (aaO). Der unrechtsbetonende Ausdruck sei Tatbestandsmerkmal, wenn er einem einzelnen Tatbestandsmerkmal als Eigenschaftswort, nicht als Umstandswort angefügt sei. Das dürfte allerdings nur als Beispiel gemeint sein. Hat man auf diese Weise ein Tatbestandsmerkmal festgestellt, so bleibt jedoch die Frage unbeantwortet, welchen Inhalt es hat. Darüber besagt der Lösungsvorschlag nichts. Es ist Lackner zuzustimmen, wenn er meint (aaO), nach dieser Abgrenzungsmethode könne die Einordnung als Tatbestandsmerkmal oder allgemeines Verbrechensmerkmal nicht generell, sondern nur durch Auslegung des einzelnen Tatbestandes bestimmt werden.

112) Maurach AT § 24 I B 3, § 23 I B; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4; Käbb-Rösch, 1. Auflage, Art. 2, Rdnr 26, Gollwitzer in der 2. Auflage bei Art 2, Rdnr 26; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, S.80; Busch, Mezger-Festschrift, S.174, Landesreferate, S.343; Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b; Hartl S. 24f; von Jaschke S. 63, 64, 67; Netzer S. 41; Begr. S. 47.

Wann sich der unrechtsbetonende Begriff auf die Gesamthandlung bezieht und damit allgemeines Verbrechensmerkmal ist, läßt sich meines Erachtens ebenfalls näher erläutern. Ich halte eine entsprechende Stellung im Strafgesetz für notwendig. Das Merkmal bezieht sich nur dann auf das gesamte Verhalten, wenn es am Anfang oder Schluß der tatbestandlichen Beschreibung oder beim Zeitwort steht. Es ist denkbar, daß eine Wendung zur Kennzeichnung der spezifischen Rechtsgutsverletzung nicht benötigt wird, sie aber auch keine, einem allgemeinen Verbrechensmerkmal angemessene Stellung im Gesetz besitzt. Sie ist etwa entbehrliches Eigenschaftswort eines Tatbestandsmerkmals. In diesem Fall wäre der Ausdruck weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig. Ein solch gänzlich überflüssiges Merkmal wurde von Rechtsprechung oder Lehre, soweit ersichtlich, bisher noch nicht genannt.

d) Nach Welzel, Dreher, von Jaschke, Netzler und Hirsch liegt ein Tatbestandsmerkmal vor, wenn ohne den unrechtsbetonenden Ausdruck das vertyppte kriminelle Unrecht nicht vollständig umschrieben ist; andernfalls handele es sich um ein allgemeines Verbrechensmerkmal.¹¹³⁾

Dieses Abgrenzungskriterium ist zur Unterscheidung von Tatbestandsmerkmal und allgemeinem Verbrechensmerkmal gut geeignet. Es ähnelt dem des Bundesgerichtshofs, ist aber meines Erachtens praktikabler. Es gibt zugleich an, welchen Inhalt der Ausdruck

113) Welzel Ndschr. 10. Band, S. 362, 13. Band, S. 653; Dreher MDR 1962, S. 592f; von Jaschke S. 41, 68; Netzler S. 41; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 298.

hat. Ist ohne ihn der Tatbestand wertneutral, so obliegt ihm die Aufgabe, den noch nicht beschriebenen Teil des Deliktstypus anzugeben. Es kann sich dann allerdings auch um ein Blankettmerkmal handeln. Dieses ist selbst kein Tatbestandsmerkmal. Es verweist lediglich auf die in anderen Rechtsnormen befindlichen fehlenden Tatbestandsmerkmale. Taucht die Alternative Tatbestandsmerkmal - Blankettmerkmal auf, so muß eine weitere Abgrenzungsmethode zu Hilfe genommen werden. Hierüber siehe Teil II, Kap. B 2.

e) Welzel, Schaffstein und Kunert bewerten jedes Wort als Tatbestandsmerkmal, das sachlich-gegenständlich das verbotene Verhalten beschreibt.¹¹⁴⁾

Dieser Lösungsvorschlag vermag ebenfalls wertvolle Dienste zu leisten. Wenn die Tatbestandsmerkmale geeignet sein müssen, die spezifische Rechtsgutsverletzung sachlich-gegenständlich zu bestimmen und sie von anderen Verhaltenstypen deutlich abzuheben, dann ist ein Begriff, der keine Unterscheidungskraft besitzt, vielmehr auf alle verbotenen Handlungen gleichermaßen zutreffen kann, kein Tatbestandsmerkmal. Dem würden rechtsstaatliche Anforderungen entgegenstehen (Art. 103 II GG). So können z.B. unrechtsbetonende Ausdrücke, verstanden als Widerspruch zur gesamten Rechtsordnung, nicht Tatbestandsmerkmale sein. Sie würden nicht erkennen lassen, welches Rechtsgut geschützt und welches Verhalten untersagt wird.

f) Die angegebenen Kriterien machen jeweils nur auf

114) Welzel LB § 10 I, III; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 190; Kunert FN 1, S. 93f.

einen Teilaspekt des Wesens der strafgesetzlichen Begriffe aufmerksam. Sie müssen daher gegenseitig ergänzt werden. Hat man auf Grund der genannten Abgrenzungsmethoden die Rechtsnatur eines Merkmals ermittelt, so kann die Richtigkeit des Ergebnisses an zwei Prüfsteinen kontrolliert werden. Der Tatbestandsvorsatz gibt die Anregung, über die Rechtmäßigkeit des Vorhabens nachzudenken, und vermittelt Impulse, von der Tat abzustehen.⁹⁴⁾ Nach Schaffstein ist demgemäß der Tatbestand die Summe derjenigen Merkmale, deren Kenntnis einerseits notwendig, andererseits aber auch hinreichend ist, um jene den Vorsatz kennzeichnende Impulswirkung hervorzurufen.¹¹⁵⁾ Vermittelt die Kenntnis eines Merkmals darüberhinaus bereits das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, so muß es sich um ein allgemeines Verbrechenmerkmal handeln.

Ein weiteres Hilfsmittel ergibt sich aus der Unterscheidung von untauglichem Versuch und Wahndelikt. Auch im Bereich des umgekehrten Irrtums müssen die Ergebnisse sachgerecht sein. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt die Richtigkeit seiner Irrtumshandlung auf solche Weise erprobt (z.B. BGHSt 3, 253f; 15, 213f; 16, 160). Diese Kontrolle wird auch von Schaffstein empfohlen.¹¹⁶⁾

Für die Abgrenzung von Tatbestandsmerkmal und allgemeinem Verbrechenmerkmal ist nach der zutreffenden herrschenden Meinung die bloße Hervorhebung im Strafgesetz belanglos. Es ist möglich, daß ein Ausdruck trotz desselben Wortlauts bei Verwendung in mehreren

115) Festschrift für das OLG Celle, S. 181.

116) Festschrift für das OLG Celle, S. 181f.

Bestimmungen verschiedene Bedeutung hat. Zusammenfassend erscheinen demnach folgende Abgrenzungskriterien verwertbar. Ein Wort ist Tatbestandsmerkmal, wenn ohne es der Tatbestand **unvollständig** ist, es sich auf ein einzelnes, den Unrechtsgehalt mitbegründendes Merkmal bezieht und es die Fähigkeit zu sachlich-gegenständlicher Kennzeichnung besitzt. Ein Begriff ist allgemeines Verbrechenmerkmal, wenn ohne ihn der Tatbestand vollständig ist und er sich auf Grund seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht. Die Rechtsnatur eines Merkmals ist für jedes Strafgesetz, in dem es sich befindet, gesondert im Wege der Auslegung zu **ermitteln**.

2. Methoden zur Unterscheidung von Tatbestandsmerkmal und Blankettmerkmal

Ist der Tatbestand ohne einen unrechtsbetonenden Ausdruck unvollständig, so kann dieser Tatbestandsmerkmal oder Blankettmerkmal sein. Warda hat gezeigt, wie beide zu unterscheiden sind.¹¹⁷⁾ Der Ausfüllungsnorm eines Blankettstrafgesetzes "muß die tatbestandliche Umschreibung des unter Strafe gestellten Verhaltens überlassen sein. Diese Umschreibung des Tatbestandes erfolgt durch die Aufstellung oder Ausgestaltung der Ge- oder Verbote, deren Nichtbefolgung die Blankettvorschrift mit Strafe bedroht. Als blankettausfüllende Vorschriften kommen nur solche Rechtsquellen in Betracht, die die Verpflichtung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen aufstellen. Rechtsätze nur beschreibenden Inhalts sind keine Blankettergänzung, Strafgesetze, die nur der Ergänzung durch beschreibende Erläuterung einzelner Begriffe bedürfen, keine Blankettgesetze. So müssen zwar beispielsweise zur genaueren Bestimmung der Begriffe "fremde Sache" in § 242 StGB und "Beschlagnahme" in § 137 StGB die Vorschriften des bürgerlichen bzw. öffentlichen Rechts herangezogen werden. Damit sind die §§ 242, 137 StGB aber noch keine Blankettstrafgesetze. Es handelt sich vielmehr lediglich um die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale in vollständigen Strafgesetzen. Normative Tatbestandsmerkmale machen ein Strafgesetz selbst dann nicht zu einem Blankettgesetz, wenn die von ihnen vorausgesetzte Wertergänzung rechtlicher Natur ist" (Warda aaO). Ähnlich nehmen Schröder und Rösch ein normatives Tat-

¹¹⁷⁾ Blankettstrafgesetze, S.6f; ebenso Weidenbach S.21f.

bestandsmerkmal an, wenn das Strafgesetz nicht auf andere Normen verweist, sondern bei der Wertung seiner Tatbestandsmerkmale lediglich andere Normen heranzuziehen sind.¹¹⁸⁾ Nach Lange, Michels und Paul liegt ein Blankettstrafgesetz vor, wenn der Straftatbestand durch die Bezugnahme auf die ausfüllende Norm konstitutiv begründet wird.¹¹⁹⁾ Bei Verweisungen auf andere Normen, die ihrerseits nur deklaratorisch den Inhalt des Straftatbestandes umreißen, handele es sich um normative Tatbestandsmerkmale. Weidenbach hält ein Blankettmerkmal für gegeben, wenn die Ausfüllungsnorm aus einem Gebot oder Verbot besteht, das eine andere, die Strafdrohung enthaltende und unvollständige Bestimmung ergänzt, d.h. ihr gegenüber etwas Neues enthält und nicht nur ihren Inhalt einfach wiederholt.¹²⁰⁾

Die Abgrenzung zwischen normativem Tatbestandsmerkmal und Blankettmerkmal wird nicht immer leicht sein. Eine sorgfältige Auslegung des jeweiligen Strafgesetzes ist stets erforderlich. In vielen Fällen bedeutet bereits der Umstand, daß Ausfüllungsnormen eines Blankettstrafgesetzes Verbots- oder Gebotsnormen sein müssen, einen Lösungshinweis.

118) Schönke-Schröder § 59 Rdnr 141; Käab-Rösch, Einführung, Rdnr 227.

119) Lange JZ 1956, S. 75, JZ 1957, S.237; Michels S. 90f; Paul S. 27f, 80.

120) S. 24; ebenso Lohberger S.16f.

T E I L I I I
=====

ERMITTLUNG DER BEDEUTUNG UNRECHTSBETONENDER
AUSDRÜCKE IN EINZELNEN STRAFGESETZEN

A. Die Bedeutung des Ausdrucks "rechtswidrig"

1. a) § 240

Der Ausdruck "rechtswidrig" in § 240 ist nach Rechtsprechung und Schrifttum ein allgemeines Verbrechensmerkmal.¹²¹⁾ Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Nötigung wird als Verbotsirrtum behandelt (BGHSt 2, 194ff). Beim Irrtum über die Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation (§ 240 II) unterscheidet die herrschende Meinung.¹²²⁾

121) BGHSt 2, 195f; 4, 107; OLG Hamm NJW 1960, S.1683. Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 253 Anm. 3B; Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b, § 240 Anm. 7; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 2, BT § 14 II und II B; LK § 240 Anm.IV; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, S.80, § 240 FN 3, S.286; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V 3b; Welzel LB § 22 III 1a; Baumann LB § 12 II 1c, § 19 III 2a; Busch, Mezger-Festschrift, S.174, und Anmerkung in LM Nr. 4 zu § 253 StGB; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.191; von Jaschke S. 43f. Für Tatbestandsmerkmal: Bayer. VGH BayVBl 1965, S.102.

122) BGH LM Nr. 3 zu § 240 StGB; BayObLGSt 1961, S.3f, 1961, S.228f, 1964, S.111, 115; OLG Frankfurt DAR 1967, S.222; OLG Köln NJW 1968, S.1892, 1893. Kohlrausch-Lange § 240 Anm.V; Schwarz-Dreher § 240 Anm. 3B; Maurach AT § 24 I B 2, BT § 14 II b; Vianden-Grüter GA 1954, S. 359ff; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.191, 194ff, ZStW 72. Band, S.395f; Bockelmann ZStW 69.Band, S. 274ff, Ndschr. 6.Band, S. 281; Koffka Ndschr. 7.Band, S.17; E 1962, Begr. S.310. Schwankend Roxin. 154f.

Beruhet der Irrtum auf der Unkenntnis des die Verwerflichkeit begründenden Sachverhalts, so soll § 59 I anzuwenden sein. Kennt der Täter den Sachverhalt, bewertet er ihn aber irrig nicht als verwerflich, so befinde er sich in einem Verbotsirrtum. Für Welzel¹²³⁾ ist dagegen jeder Irrtum über die Verwerflichkeit Verbotsirrtum, für Engisch und Schröder Tatbestandsirrtum.¹²⁴⁾

Um die Bedeutung des Merkmals "rechtswidrig" in § 240 feststellen zu können, muß die Struktur des Nötigungstatbestandes näher untersucht werden. Es handelt sich hier um einen "offenen" Tatbestand. Die Lehre von den "offenen" Tatbeständen stammt von Welzel.¹²⁵⁾ Er hat dargelegt, daß nicht alle Tatbestände die Deliktstypen erschöpfend beschreiben. Neben den "geschlossenen" Tatbeständen gebe es auch "offene" oder "ergänzungsbedürftige". Das Gesetz umschreibe in diesen Fällen nur einen Teil der Tatbestandsmerkmale, den anderen Teil überlasse es der richterlichen Tatbestandsergänzung, indem es dem Richter nur den Gesichtspunkt angebe, nach der er die Ergänzung vorzunehmen habe. Wenn der Richter bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten an Hand des dem Gesetz zu entnehmenden Leitbildes ("verkehrsmäßige Sorgfalt", "Garantenstellung") den Tatbestand ergänzt habe, so vollziehe sich die Ermittlung der Rechtswidrigkeit wie bei den "geschlos-

123) LB § 22 III 1a, § 43 I 4, anders aber in Ndschr. 6. Band, S. 278 (wie herrschende Meinung).

124) Engisch, Rechtsleben, Band I, S. 411; Schönke-Schröder § 240 Rdnr 28, § 253 Rdnr 22.

125) LB § 10 I, § 14 I 2a, b, § 22 III 1a, § 43 I 3, 4.

senen" Tatbeständen. Bei §§ 240, 253 fehle allerdings sogar ein sachliches Leitbild für die Tatbestandsergänzung. Die Rechtswidrigkeit müsse ausnahmsweise durch ein selbständiges richterliches Werturteil festgelegt werden. §§ 240, 253 II enthielten keine Tatbestandsmerkmale, sondern Rechtswidrigkeitsregeln. Wenn eine Tat nach § 240 I bereits durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt sei, komme § 240 II nicht mehr in Frage. Nur wenn kein Rechtfertigungsgrund eingreife, sei die Rechtswidrigkeit gemäß § 240 II positiv zu prüfen.

Der Bundesgerichtshof erläutert (BGHSt 2, 195f), die Erwähnung des Wortes "rechtswidrig" stelle im allgemeinen einen Hinweis auf den für alle Verbrechenstatbestände geltenden Satz dar, daß die Verwirklichung des Tatbestandes nicht immer rechtswidrig sei. In der Regel sei sie nur dann nicht rechtswidrig, wenn die tatbestandsmäßige Handlung nach einer gestattenden Gegennorm erlaubt sei. Für § 240 treffe diese Einschränkung allerdings nicht zu. Der Gesetzgeber habe die Grenzen des Nötigungstatbestandes so weit gezogen, daß er nunmehr auch ungezählte Fälle des täglichen Lebens erfasse, in denen die Nötigung trotz Drohung mit einem empfindlichen Übel für das natürliche Rechtsgefühl rechtmäßig sei, die Rechtmäßigkeit jedoch nicht aus einer besonderen rechtfertigenden Gegennorm hergeleitet werden könne. Hier falle deshalb dem Richter die Aufgabe zu, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfall rechtswidrig sei oder nicht. Auf diese besondere Aufgabe durch Einfügung des Wortes "rechtswidrig" hinzuweisen, sei sinnvoll. Der Gesetzgeber hebe in Absatz II den für die richterliche Wertung

maßgebenden Gesichtspunkt hervor. Dadurch, daß der Strafgesetzgeber es für zweckmäßig erachtet habe, mit diesem Hinweis der Schwierigkeit der Aufgabe gerecht zu werden, vor die der Richter infolge der ungewöhnlichen Ausweitung des Nötigungstatbestandes gestellt sei, werde das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht zu einem Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz beziehen müßte. Es bleibe vielmehr ein allgemeines Verbrechensmerkmal. Die Rechtswidrigkeitsregel in Absatz II gebe nur Maß für die äußere ("objektive") Rechtswidrigkeit der Nötigungshandlung, deren Tatumstände allein in Absatz I des § 240 umschrieben seien.

Maurach, Schäfer, Busch, Baumann, Württenberger und von Jaschke sind ebenfalls der Ansicht, daß die Rechtswidrigkeitsregel des § 240 II für die Tatbestandsmäßigkeit der Nötigung keine Bedeutung habe, sondern nur für die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Nötigungshandlung.¹²⁶⁾ Schröder, Lang-Hinrichsen, Bockelmann, Vianden-Grüter und wohl auch Gallas meinen, § 240 II ergänze den Tatbestand und enthalte keinen Rechtfertigungsgrund.¹²⁷⁾ Nach Hirsch¹²⁸⁾ ist es für die sachliche Beurteilung einer Tat unerheblich, ob der Gesetzgeber das verbo-

126) Maurach At § 24 I B 2; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 240 FN 3, S.286; Busch, Mezger-Festschrift, S.180, Landesreferate S.343; Baumann LB § 19 III 2a; Württenberger S.134; von Jaschke S.43f.

127) Schönke-Schröder Vorbemerkung Rdnr 7, § 240 Rdnr 16, 28; Lang-Hinrichsen JR 1952, S.304f, JZ 1953, S.365; Bockelmann ZStW 69.Band, S. 272ff; Vianden-Grüter GA 1954, S.363; Gallas ZStW 67.Band, S.24ff. Vgl. auch Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.190.

128) Negative Tatbestandsmerkmale S.289ff, ZStW 74. Band, S.119f.

tene Verhalten selbst erschöpfend in Tatbestandsmerkmale faßt oder ob er diese Aufgabe dem Richter überläßt. Ein Verhalten, das bei einer Gesetzesformulierung, die den Inhalt des Verbotes erschöpfend durch Tatumstände beschreiben würde, nicht unter den Tatbestand falle, tue dies auch dann nicht, wenn der Gesetzgeber einen Teil der ihm obliegenden Tatbestandsbildung von sich abgewälzt habe.¹²⁹⁾ § 240 II betreffe Leitbildtatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung. Jedoch sei der materiale Wertunterschied zwischen verbotenem und nur ausnahmsweise gerechtfertigtem Verhalten auch hier verfolgbar. Eine Nötigung sei tatbestandsmäßig, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck generell verwerflich sei, d.h. bei Nichtberücksichtigung möglicherweise vorliegender rechtfertigender Umstände. Die Nötigung sei rechtswidrig, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck auch konkret verwerflich sei, d.h. bei Berücksichtigung etwaiger Rechtfertigungsgründe. Tatbestandsmerkmale seien demnach neben den Merkmalen des Absatzes I auch alle anderen objektiven Tatumstände, aus denen sich die generelle Verwerflichkeit ergebe. Kenne der Täter die Tatbestandsmerkmale, halte er aber sein Tun fälschlich nicht für verwerflich, so befinde er sich im Verbotsirrtum. Hirsch kommt zu dem Ergebnis, es gäbe gar keine "offenen" Tatbestände.

Der Entwurf 1962 erwähnt in seinem § 170 kein unrechtsbetonendes Wort. Er versucht, den rechtsstaatlichen Bedenken gerecht zu werden, die gegen die Unbestimmtheit des § 240 StGB erhoben wurden. In Absatz

129) So auch Gallas ZStW 67. Band, S.25f; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S.190.

I des § 170 werden die Nötigungsmittel auf Gewalt und gefährliche Drohung begrenzt. Der Begriff der gefährlichen Drohung wird in § 11 I Nr. 7 durch erschöpfende Aufzählung von Beispielen definiert. "Unbedingte" Nötigungsmittel sind Gewalt und die in § 11 I Nr. 7 a bis c genannten Fälle einer gefährlichen Drohung.¹³⁰⁾ Sie wirken für sich unrechtsindizierend. "Bedingte" Nötigungsmittel sind die in § 11 I Nr. 7 d bis f hervorgehobenen Beispiele einer gefährlichen Drohung. Sie indizieren nur unter bestimmten Umständen die Rechtswidrigkeit. § 170 II enthält in sachlicher Übereinstimmung mit dem geltenden Recht die Verwerflichkeitsklausel. Der Entwurf 1962 will es Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen, die Rechtsnatur der Klausel und ihr Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen herauszuarbeiten. Infolge der Beschränkung der Nötigungsmittel wird sie gegenüber dem geltenden Recht an Bedeutung verlieren. Sie wird häufig das erforderliche Korrektiv darstellen, durch das die Strafbarkeit ausgeschlossen wird.¹³¹⁾

Rechtsgut des § 240 ist die persönliche Freiheit. Das Gesetz will die Freiheit der Willensentscheidung und der Willensbetätigung schützen. Die in § 240 I enthaltene Beschreibung der Nötigung gibt die spezifische Rechtsgutsverletzung nicht vollständig an. Ein Absatz I entsprechendes Verhalten ist wertneutral. Es werden täglich zahllose Nötigungshandlungen vorgenommen, die infolge ihrer Verkehrsüblichkeit die Rechtswidrigkeit nicht zu indizieren

130) Begr. S. 310, Schwalm, Sonderausschuß, S. 722.

131) Schafheutle, Sonderausschuß, S. 725.

vermögen und deshalb nicht strafwürdig sind. Selbst mit Hilfe der anerkannten Rechtfertigungsgründe gelingt es nur selten, die Rechtswidrigkeit dieser Nötigungen auszuschließen. § 240 II sieht deshalb die Klausel vor, daß die Tat nur rechtswidrig ist, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Die Verwerflichkeitsklausel ist ein Anwendungsfall der Lehre von der sozialen Adäquanz. 132)

Welche Verhaltensweisen als Nötigungen verboten und mit Strafe bedroht sein sollen, läßt sich kaum dem Gesetz entnehmen. Die Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation (§ 240 II) ist ein unbestimmter Begriff. Auch mit Hilfe der Auslegung gelingt es nur sehr schwer, dieser Generalklausel Konturen zu verleihen. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen (Art. 103 II GG) bestehen deshalb gegen § 240 erhebliche Bedenken. Es darf freilich nicht übersehen werden, daß es angesichts der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens nicht möglich ist, mit sachlich-gegenständlichen Merkmalen alle strafwürdigen Fälle zu kennzeichnen. Will der Gesetzgeber keine großen Strafbarkeitslücken schaffen, so ist er auf die Verwendung einer allgemeinen Wertformel angewiesen. Mit ihr muß der Richter versuchen, den im Gesetz nur teilweise enthaltenen Tatbestand zu ergänzen. Da sich eine genaue Beschreibung des Deliktstypus nicht erreichen läßt, ist § 240 meines Erachtens wenigstens

132) Maurach AT § 24 I B 2, BT § 14 II A 2. Vgl. allgemein Welzel LB § 10 IV, Vom Bleibenden FN 21, S.11; Hirsch, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S.283ff, ZStW 74.Band, S.78ff; Schaffstein, ZStW 72.Band, S.369ff.

hinreichend bestimmt im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 14, 251f). Bis zu einem gewissen Grade ist allerdings eine stärkere Profilierung möglich. Dies ist bei § 170 des Entwurfs 1962 geschehen. Aber auch diese Vorschrift konnte auf die Verwerflichkeitsklausel nicht verzichten.

Obwohl § 240 I die vom Gesetz gemeinte spezifische Rechtsgutsverletzung nicht erschöpfend beschreibt, ist doch "rechtswidrig" nicht Tatbestandsmerkmal. Deutet man den unrechtsbetonenden Ausdruck als Widerspruch zur gesamten Rechtsordnung, so fehlt ihm die für ein Tatbestandsmerkmal wesentliche Eigenschaft der sachlich-gegenständlichen Kennzeichnung. Mit jenem Inhalt besäße er keinerlei Unterscheidungskraft, um die strafbare Nötigung nur annähernd deutlich von anderen Verhaltensweisen abzuheben. Zudem würde der Verbotsirrtum, insbesondere die unrichtige Annahme rechtlich nicht anerkannter Rechtfertigungsgründe, vorsatzausschließend wirken. Diese Irrtumsbehandlung entspräche nicht der Schuldtheorie. Aber auch mit der gesetzlichen Definition als verwerflich (§ 240 II) ist "rechtswidrig" kein Tatbestandsmerkmal. Selbst durch Auslegung kann dem Wort "verwerflich" kein Inhalt gegeben werden, der die Fähigkeit zu sachlich-gegenständlicher Beschreibung aufweist.¹³³⁾ Jede mit Strafe bedrohte Handlung und zahlreiche Taten außerhalb des Strafrechts sind verwerflich. Welches Verhalten § 240 II als verwerflich ansieht, ergibt sich nicht durch Auslegung, sondern aus der selbständigen Wertung des Richters. Er ermittelt im Einzelfall an Hand des Leitbildes der

133) So auch Kunert FN 1, S. 93f.

Verwerflichkeit, welches die im Strafgesetz nicht enthaltenen unrechtsbestimmenden Merkmale sind.

Das Wort "rechtswidrig" in § 240 I ist vielmehr ein allgemeines Verbrechenmerkmal. Ihm kommt jedoch eine besondere Aufgabe zu, die sich aus der Existenz eines "offenen" Tatbestandes entnehmen läßt. Im allgemeinen indiziert das tatbestandsmäßige Verhalten die Rechtswidrigkeit. Der Richter braucht die Rechtswidrigkeit nur noch in einem rein negativen Verfahren zu ermitteln. Er prüft, ob dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand. Ein im Strafgesetz befindliches allgemeines Verbrechenmerkmal will den Richter in der Regel auf diese Möglichkeit hinweisen. Ein § 240 I entsprechendes Verhalten wirkt jedoch nicht unrechtsindizierend. Der Richter ist auf die Prüfung von Rechtfertigungsgründen in einem rein negativen Verfahren nicht beschränkt. Er hat vielmehr ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit positiv festzustellen; indem er untersucht, ob die Anwendung der Nötigungsmittel zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Bei dieser Prüfung werden Unrechtsausschließungsgründe mitberücksichtigt. Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, so ist die Mittel-Zweck-Beziehung nicht verwerflich und die Tat rechtmäßig. Die Wendung "rechtswidrig" in § 240 I ist somit allgemeines Verbrechenmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit.

In dem geschilderten Verfahren zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit bei Nötigungen wurde zwischen der Ergänzung des nur teilweise in § 240 I enthaltenen Tatbestandes und der Untersuchung von Rechtfertigungsgründen nicht unterschieden. Beides geschah in einem

Vorgang bei der Feststellung der Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation. Es liegt jedoch nahe zu versuchen, zunächst den im Strafgesetz genannten Tatbestandsteil zu ergänzen und erst dann die Rechtfertigungsfrage zu lösen. Damit würde eine Annäherung an das bei "geschlossenen" Tatbeständen übliche Verfahren erreicht werden. Dies hat Hirsch in einer meines Erachtens praktikablen Weise getan. Sein Gedanke drängt sich um so mehr auf, als Welzel die "offenen" Tatbestände als "ergänzungsbedürftige" bezeichnet und bei den Beispielen der unechten Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikte verlangt, zuerst den Tatbestand mit Hilfe der Leitbilder "Garantenstellung" und "verkehrsmäßige Sorgfalt" zu vervollständigen und sonach die Rechtswidrigkeit wie bei den "geschlossenen" Tatbeständen zu ermitteln. Gerade diesen Weg hat Hirsch auch für § 240 vorgeschlagen. Die Ausgestaltung der Nötigungsvorschrift beruht allein auf der Unmöglichkeit erschöpfender sachlich-gegenständlicher Beschreibung. Dieser rein gesetzestechnische Grund zwingt nicht notwendig zur Annahme einer besonderen Tatbestandsstruktur. Schröder bemerkt,¹³⁴⁾ die Konsequenz dieser Feststellung müßte eigentlich sein, die den Tatbestand "schliessenden" Merkmale als Tatbestandsmerkmale zu werten. Mit dem Vorschlag Hirschs würde auch einer Forderung von Gallas¹³⁵⁾ entsprochen, die Rechtsnatur eines Tatbestandsmerkmals nach seiner sachlichen Bedeutung im Verbrechensaufbau zu bestimmen, unabhängig davon, wie weit der Gesetzgeber den Verbotsgehalt gegenständlich näher umschrieben hat.

134) Schönke-Schröder Vorbemerkung Rdnr 7.

135) ZStW 67. Band, S. 25f.

Die Trennung zwischen genereller und konkreter Verwerflichkeit (Ergänzung des Tatbestandes und Feststellung der Rechtswidrigkeit) ist allerdings dem Einwand ausgesetzt, einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufzuspalten und zu einer gekünstelten Abstrahierung vom einzelnen Sachverhalt zu führen. Auch dürfte der Geltungsbereich des Merkmals "verwerflich" bedenklich eingeengt werden. Es erscheint deshalb grundsätzlich richtiger, bei der Verwerflichkeitsprüfung die Untersuchung von Rechtfertigungsgründen miteinzubeziehen. Eine Trennung ist nur in einem Fall wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen notwendig. Die irrige Annahme von zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumständen ist untauglicher Versuch. Die Unkenntnis des Vorliegens der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ergibt bei Anerkennung eines subjektiven Rechtfertigungselementes eine vollendete Tat.¹³⁶⁾

Der Irrtum über das Merkmal "rechtswidrig" in § 240 richtet sich nach folgenden Regeln. Es ist festzustellen, worauf die Falschvorstellung bezüglich des unrechtsbetonenden Ausdrucks beruht. Nimmt der Täter irrig Umstände an, bei deren Vorliegen die Mittel-Zweck-Beziehung nicht (generell oder konkret) verwerflich wäre, so ist § 59 I anwendbar. Kennt er die die Verwerflichkeit begründenden Umstände, meint er aber fälschlich, sein Tun sei nicht verwerflich bzw. nicht rechtswidrig, so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum). Glaubt er unrichtig, es seien generell verwerfliche Umstände gegeben, so liegt ein untauglicher Versuch vor. Weiß der Täter nicht, daß die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorliegen, so ist § 59 I anwendbar.

136) Vgl. Maurach NJW 1962, S. 716f, 770ff.

tigungsgrundes vorhanden sind, so begeht er eine vollendete Nötigung. Beurteilt er trotz Kenntnis des Sachverhalts seine Tat fälschlich als verwerflich, so handelt es sich um ein Wahndelikt.

Nötigt X den A durch die Drohung mit einer Strafanzeige zur Zahlung von 1000 DM und weiß er nicht, daß A eine ihm gehörige Sache im gleichen Wert vorsätzlich beschädigt hat, so verübt X einen untauglichen Versuch. Die Ankündigung einer Strafanzeige zur Erlangung einer Wiedergutmachung des durch die Straftat erwachsenen Schadens ist grundsätzlich nicht verwerflich (BGH NJW 1957, S. 596, 598). X hat sich aber einen Sachverhalt vorgestellt, der, würde er vorliegen, als generell verwerflich zu werten wäre. Nötigt X den A durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe der Tafel Schokolade, die dieser gerade zu verspeisen sich anschickt, und stellt sich, kurz bevor X mit ihrem Verzehr beginnt, heraus, daß sie vergiftet ist, so muß X wegen vollendeter Nötigung bestraft werden. X kann sich nicht auf übergesetzlichen Notstand berufen, da ihm die Rettungsabsicht fehlte.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 240 ist allgemeines Verbrechensmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit.

b) § 253

Das Wort "rechtswidrig" in § 253 wird von Rechtsprechung und Schrifttum als allgemeines Verbrechensmerkmal gedeutet.¹³⁷⁾ Beim Irrtum über das Merkmal "verwerflich" wird, wie bei § 240, zwischen der Unkenntnis der die Verwerflichkeit begründenden Umstände (Tatbestandsirrtum) und falscher Wertung als nicht verwerflich (Verbotsirrtum) unterschieden. Im übrigen begnügt man sich mit einer Bezugnahme auf die Ausführungen zur Nötigung. Der Entwurf 1962 bezeichnet in seinem § 259 I die Nötigungsmittel in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, beschränkt sie also nicht auf Gewalt und gefährliche Drohung, wie dies bei seinem § 170 geschehen ist. Einen unrechtsbetonenden Begriff enthält die Bestimmung nicht. Der Entwurf 1962 grenzt auch hier die Rechtswidrigkeit mit Hilfe der Verwerflichkeitsklausel ab, da die Erpressung ebenfalls bis zu einem gewissen Grade ein "offener" Tatbestand sei.¹³⁸⁾

Die Erpressung ist ein Sonderfall der Nötigung. Rechtsgüter sind das Vermögen und die persönliche Freiheit. Ein § 253 I verwirklichendes Verhalten vermag die Rechtswidrigkeit nicht zu indizieren. Es ist wertneutral. § 253 ist wie § 240 ein "offener" Tat-

137) BGHSt 4, 107; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 2 und 3c, BT § 37 II a 1c und 3; LK § 253 Anm. 5e; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, S. 80, § 253 FN 3, S. 312; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V 3b; Busch, Anmerkung zu LM Nr. 4 zu § 253 StGB und Mezger-Festschrift S. 174; Lackner-Maassen § 253 Anm. 4; von Jaschke S. 44.

138) Begr. S. 430.

bestand. Jedoch ist er wesentlich profilierter. Bei der Nötigung kann der angestrebte Zweck durchaus der Rechtsordnung entsprechen. Im Falle der Erpressung muß der Täter eine unrechtmäßige Bereicherung anstreben. Gegen die Fassung des § 253 bestehen deshalb geringere rechtsstaatliche Bedenken.

Da die Erpressung ein Spezialdelikt der Nötigung ist, der Ausdruck "rechtswidrig" in § 240 und § 253 an gleicher Stelle im Gesetz steht und § 240 II und § 253 II denselben Inhalt haben, kann hinsichtlich der Ermittlung der Rechtsnatur und der Irrtumsbehandlung auf Teil III, Kap. A 1. a) verwiesen werden. Die Wendung "rechtswidrig" in § 253 ist gleichfalls ein allgemeines Verbrechensmerkmal, das auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit hinweist. Der Inhalt der Formulierung "zu Unrecht" in § 253 I wird in Teil III, Kap. B untersucht.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 253 ist allgemeines Verbrechensmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit.

c) §§ 105, 106

Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform und Dreher beurteilen das Wort "rechtswidrig" in § 105 als Rechtswidrigkeitsmerkmal.¹³⁹⁾ Es nehme auf die Adäquanzklausel des § 240 II Bezug.

Rechtsgut des § 105 ist die Funktionsfähigkeit und -freiheit bestimmter Verfassungsorgane. Die Beschreibung des § 105 gibt die spezifische Rechtsgutsverletzung nicht vollständig an. Die Ausübung von Druck auf Staatsorgane kann den Spielregeln politischer Auseinandersetzungen entsprechen und sozial üblich oder gar nützlich sein. Das Gesetz will aber sozial-adäquate Verhaltensweisen nicht verbieten. Mit dem Ausdruck "rechtswidrig" soll wie bei § 240 I auf die Adäquanzklausel des § 240 II hingewiesen werden. Da § 105 den besonderen Unrechtsgehalt nicht erschöpfend kennzeichnet und die Verwerflichkeitsklausel nicht die Eignung zu sachlich-gegenständlicher Umschreibung besitzt, muß der Richter durch selbständige Wertung bestimmen, welche Handlungen rechtswidrig sind. Die Strafbestimmung enthält einen "offenen" Tatbestand. Der Begriff "rechtswidrig" ist hier allgemeines Verbrechensmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit. Rechtswidrig ist die Nötigung der genannten Verfassungsorgane, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Drohung mit Gewalt zu dem angestrebten Zweck als ver-

139) Bundestagsdrucksache - 5. Wahlperiode 1965 -
Nr. 2860, S. 25f, 3; Schwarz-Dreher § 105
Anm. 3.

werflich anzusehen ist.

Bei der Irrtumsbehandlung ist zu unterscheiden. Be-
ruht der Irrtum auf der Unkenntnis des die Verwerf-
lichkeit begründenden Sachverhalts, so gilt § 59 I.
Kennt der Täter die (verwerflichen) Umstände, glaubt
er aber fälschlich, die Mittel-Zweck-Beziehung sei
nicht verwerflich, so befindet er sich in einem
Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).

Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform und
Dreher charakterisieren "rechtswidrig" in § 106 als
Rechtswidrigkeitsmerkmal.¹⁴⁰⁾ Der unrechtsbetonende
Ausdruck verweise auf die Adäquanzklausel des § 240
II. Rechtsgut des § 106 ist die Freiheit der Willens-
bildung und Willensbetätigung des Bundespräsidenten
und der Mitglieder bestimmter Verfassungsorgane. Die
Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 105, 106 unter-
scheiden sich nur hinsichtlich des geschützten Per-
sonenkreises und der Art der Drohung. Im übrigen
gleichensich die Tatbestände. Die zu § 105 angestell-
ten Erwägungen gelten daher auch bei § 106.

Ergebnis: "rechtswidrig" in §§ 105, 106 ist allgemei-
nes Verbrechensmerkmal mit der besonderen
Bedeutung eines Hinweises auf die aus-
nahmsweise notwendige positive Feststel-
lung der Rechtswidrigkeit.

140) Bundestagsdrucksache - 5. Wahlperiode 1965 -
Nr. 2860, S. 26, 3; Schwarz-Dreher § 106 Anm.3.

d) § 108

Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform sieht in "rechtswidrig" bei § 108 ein Rechtswidrigkeitsmerkmal.¹⁴¹⁾ Diese Formulierung deute auf die Adäquanzklausel des § 240 II hin. Dreher vertritt dieselbe Auffassung.¹⁴²⁾ § 402 des Entwurfs 1962 verweist in Absatz II auf die Verwerflichkeitsklausel des § 170 II. Als Nötigungsmittel bezeichnet er die Gewalt und die gefährliche Drohung (§ 11 I Nr. 7 E 1962).

Rechtsgut des § 108 ist die politische Willensfreiheit des Staatsbürgers.¹⁴³⁾ Das Gesetz beschreibt die spezifische Rechtsgutsverletzung nicht erschöpfend. Die Ausübung von Druck kann den Spielregeln politischen Auseinandersetzungen im Wahlkampf durchaus entsprechen. § 108 will sozialadäquate Verhaltensweisen nicht mit Strafe bedrohen. Der Ausdruck "rechtswidrig" soll auf die Adäquanzklausel des § 240 II Bezug nehmen. Da die Strafbestimmung den besonderen Unrechtsgehalt nicht vollständig kennzeichnet und die Verwerflichkeitsformel nicht die Fähigkeit zu sachlich-gegenständlicher Umschreibung aufweist, muß der Richter durch selbständige Wertung bestimmen, welche Handlungen rechtswidrig sind. § 108 enthält einen "offenen" Tatbestand. Der Begriff "rechtswidrig" ist hier allgemeines Verbrechensmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf

141) Bundestagsdrucksache - 5. Wahlperiode 1965 - Nr. 2860, S. 26.

142) Schwarz-Dreher § 108 Anm. 3.

143) Vgl. E 1962 Begr. S. 588.

die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit. Rechtswidrig ist die Nötigung zu wählen oder sein Wahlrecht in einem bestimmten Sinne auszuüben, wenn der Gebrauch der Nötigungsmittel zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

Bei der Irrtumsbehandlung ist zu unterscheiden. Be ruht der Irrtum auf der Unkenntnis des die Verwerflichkeit begründenden Sachverhalts, so handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum. Kennt der Täter die (verwerflichen) Umstände, glaubt er aber fälschlich, die Mittel-Zweck-Beziehung sei nicht verwerflich, so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 108 ist allgemeines Verbrechensmerkmal mit der besonderen Bedeutung eines Hinweises auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit.

2. a) §§ 242, 249

Der Bundesgerichtshof wertet "rechtswidrig" in §§ 242, 249 als Tatbestandsmerkmal (BGHSt 17, 87ff; GA 1962, S. 144; GA 1966, S. 211; GA 1968, S. 121 und 338). Dieser Ausdruck bezeichne den Widerspruch zur Eigentumsordnung. Der Bundesgerichtshof nimmt einen Tatbestandsirrtum an, wenn der Täter fälschlich glaubt, auf die Übereignung einer bestimmten Sache einen Anspruch zu haben. Gleiches soll gelten, wenn der Gläubiger, der eine Forderung auf Übereignung einer ihm als bestimmte Leistung geschuldeten Sache hat, sich nur über die Nämlichkeit der von ihm weggenommenen Sache irrt oder wenn er meint, er habe seinem Schuldner gegenüber von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Übereignung des gerade in dessen Besitz befindlichen mitgeführten Geldes. Ein Verbotsirrtum liege vor, wenn der Täter der Ansicht sei, er dürfe Gattungssachen zur Befriedigung des auf Übereignung einer bestimmten Sache gerichteten Anspruchs wegnehmen. Das Bayerische Oberste Landesgericht bejaht ebenfalls einen Verbotsirrtum, wenn der Täter glaubt, sicherungsübereignete Sachen sich wieder zueignen zu dürfen, weil der Gläubiger anderweit gesichert sei (BayObLGSt 1960, S. 228).

Auch die überwiegende Meinung im Schrifttum deutet den unrechtsbetonenden Ausdruck bei den Zueignungsdelikten als Tatbestandsmerkmal.¹⁴⁴⁾ Der Entwurf

144) Schwarz-Dreher § 242 Anm.4A, § 246 Anm.5, Dreher Ndschr. 6.Band, S.15f; Mezger-Blei AT 64 I 1a, § 65 II 4, BT § 46 VI; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 242 FN 7e, S.293, § 246 FN 5d, S. 305; LK Vorbem. zu § 242 D IX 1, § 242 Anm.V, § 246 Anm.6; Schafheutle Ndschr. 6.Band, S.17; Gallas Ndschr. 6.Band, S.16; so wohl auch Mohrbotter GA 1967, S.199ff, 214.

1962 verwendet in § 235 und § 240 das Wort "widerrechtlich". Er will damit ein Tatbestandsmerkmal angeben, auf das sich der Vorsatz erstrecken müsse.¹⁴⁵⁾

Welzel, Bockelmann, von Jaschke und Firnhaber verneinen das Tatbestandsmerkmal der Zueignung, wenn das Verhalten des Täters der Eigentumsordnung entspricht.¹⁴⁶⁾ Sie halten demgemäß die Erwähnung von "rechtswidrig" im Gesetz für überflüssig. Diese Wendung sei hier allgemeines Verbrechenmerkmal. Ähnlich sehen Schröder und Roxin in ihr einen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe, z.B. den Anspruch auf Übereignung einer bestimmten Sache.¹⁴⁷⁾

Nach Hirsch und Kempf betrifft "rechtswidrig" die Tatbestands- und Rechtfertigungsfrage.¹⁴⁸⁾ Dieses Wort verweise auf tatbestandsabgrenzende außerstrafrechtliche Regelungen, nämlich die zivilrechtlichen Eigentumsvorschriften. Aus der Vielzahl der von der Wortbedeutung des Tatbestandsmerkmals "Zueignung" umfaßten Handlungsweisen grenze das Gesetz durch den Begriff "rechtswidrig" eine Gruppe von Fällen aus, in denen eine Zueignung mangels eines Verstosses gegen die Eigentumsordnung nicht unter den Tatbestand falle. Aber weder "rechtswidrig" noch "Widerspruch zur Eigentumsordnung" seien Tatbestandsmerkmale. Der Vorsatz brauche sich hierauf nicht zu

145) Begr. S. 401, 409.

146) Welzel LB § 47 3, § 48 III, IV; Bockelmann Ndschr. 6.Band, S.17; von Jaschke S.45ff; Firnhaber S.15ff.

147) Schönke-Schröder § 242 Rdnr 61, § 246 Rdnr 19, Schröder DRiZ 1956, S.71, JR 1962, S.346; Roxin S. 146f.

148) Hirsch JZ 1963, S.154ff; Kempf S.78f, 83ff, 88ff.

beziehen. Im Tatbestandsirrtum befinde sich nur, wer sich irrig einen der Eigentumsordnung gemäßen Sachverhalt vorstelle. Wer trotz Kenntnis des der Eigentumsordnung nicht entsprechenden Sachverhalts die Zueignung dennoch für nicht "rechtswidrig" halte, erliege einem Verbotsirrtum.

Rechtsgut der Zueignungsdelikte ist das Eigentum. Sein Inhalt wird außerhalb des Strafrechts bestimmt. In Anknüpfung an das bürgerliche Recht bedroht das Strafgesetzbuch vorsätzliche Verstöße gegen die Eigentumsordnung mit Strafe. Es fragt sich, ob das Tatbestandsmerkmal der Zueignung selbständige unrechtsindizierende Wirkung hat, so daß "rechtswidrig" für den Tatbestand entbehrlich wäre. Wenn man unbefangen, d.h. ohne Kenntnis von Rechtsprechung und Rechtslehre, den Wortsinn des Ausdrucks "zueignen" erforscht, so ergibt sich, daß er alle Fälle deckt, in denen jemand eine Sache als eigene behandelt. Es werden sowohl der Eigentumsordnung entsprechende wie ihr widersprechende Sachverhalte erfaßt. Der Zueignungsbegriff ist wertneutral. Er ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht auf die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaft beschränkt. Auch der Eigentumserwerb nach §§ 929ff BGB stellt eine Zueignung dar. Aus diesem Grunde würde in der Großen Strafrechtskommission das Wort "zueignen" als zu farblos empfunden und die Beifügung des Merkmals "widerrechtlich" vorgeschlagen.¹⁴⁹⁾ Es könnte zwar das Tatbestandsmerkmal der Zueignung als gegen die Eigentumsordnung verstoßende Zueignung einschränkend

149) Vgl. Ndschr. 6. Band, Baldus S. 16, Gallas S. 16, Neumayer S. 17, a.A. Bockelmann S.17. So auch Hirsch JZ 1963, S.155, Kempf S.79, 88, 92.

interpretiert werden. Dann müßte aber konsequenterweise bei allen Strafgesetzen, deren unrechtsbetonende Formulierungen bisher als Tatbestandsmerkmale beurteilt wurden, das Zeitwort ebenso restriktiv ausgelegt werden. Wörter wie "rechtswidrig" und "unbefugt" wären dann stets überflüssig. Eine solche Verkürzung des Wortsinns widerspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, an den sich der Gesetzgeber grundsätzlich zu halten hat, um dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vorhersehbarkeit Rechnung zu tragen. Die Strafgesetze wenden sich in erster Linie an die Staatsbürger. Diese sollten nach Möglichkeit bereits aus dem Gesetz selbst, nicht erst aus Rechtsprechung und Rechtslehre erfahren, was verboten ist. Der Ausdruck "zueignen" vermag meines Erachtens daher die Rechtswidrigkeit nicht zu indizieren. Dem Merkmal "rechtswidrig" kommt die positive Aufgabe zu, jene Fälle zu erfassen, die einen Widerspruch zur Eigentumsordnung ergeben. Negativ scheidet es Zueignungen aus dem Tatbestand aus, die der Eigentumsordnung entsprechen. Da der unrechtsbetonende Begriff für die tatbestandliche Beschreibung der Zueignungsdelikte notwendig ist, kann er nicht allgemeines Verbrechenmerkmal bzw. bloßer Hinweis auf Rechtfertigungsgründe sein.

Das Wort "rechtswidrig" ist mit der Bedeutung von "in Widerspruch zur Eigentumsordnung" normatives Tatbestandsmerkmal. Die Charakterisierung als Blankettmerkmal ist abzulehnen. Es sind zwar die Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts heranzuziehen. Sie sind aber keine Ausfüllungsnormen eines Blankettstrafgesetzes, da sie nichts ver- oder gebieten. Der Strafgesetzgeber bedient sich ihrer lediglich zur beschreibenden Erläuterung des Tatbestandsmerkmals

"rechtswidrig".

Zwischen dem Tatbestandsmerkmal "rechtswidrig" und der Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Diebstahls ist zu unterscheiden. Die Wendung "rechtswidrig" umfaßt nicht Rechtfertigungsgründe. Diese gestatten eine die Eigentumsordnung verletzende Zueignung ausnahmsweise aus besonderen Gründen. Die Einwilligung des Eigentümers ist Tatumstand. Soweit sie nicht schon das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme beseitigt, führt sie zur Verneinung des Tatbestandsmerkmals "rechtswidrig". Sie ist die in §§ 929 ff 956 BGB genannte Erklärung des bisherigen Eigentümers. Es fehlt bereits an einem Verstoß gegen die Eigentumsordnung. Der Tatbestand ist dagegen erfüllt, wenn z.B. ein Schwerverletzter dem verreisten Arzt Medikamente aus der Praxis entnimmt. Die tatbestandsmäßige Zueignung wird durch § 904 BGB erlaubt.

Bei der Irrtumsbehandlung ist zu untersuchen, worauf die Falschvorstellung beruht. Nimmt der Täter irrig Tatumstände an, die der Eigentumsordnung entsprechen, z.B. der Eigentümer habe die Aneignung gestattet, § 956 BGB, oder es bestehe ein Anspruch auf Übereignung gerade der weggenommenen Sache,¹⁵⁰⁾

150) BGH GA 1962, S.144; BGHSt 17, 87. Schönke-Schröder § 242 Rdnr 57, 61, § 246 Rdnr 17, 19, Schröder DRiZ 1956, S.69, JR 1962, S. 348; Schwarz-Dreher § 242 Anm.3B; LK Vorbem. zu § 242 VIII; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 242 FN 7e, S.293; Mezger-Blei BT § 46 V 3; Maurach BT § 27 II A 2d, Roxin S.146; E 1962 Begr.S.401. A.A.Kohlrausch-Lange § 242 Anm. III 2d; Welzel LB § 47 3, 48 IV; Firnhaber S. 41ff; Hirsch JZ 1963, S.150ff; Bockelmann Ndschr. 6.Band, S.17; Kempf S. 23ff, 48.

so erliegt er einem Tatbestandsirrtum. Kennt er die den Widerspruch zur Eigentumsordnung begründenden Umstände, hält er die Zueignung dennoch fälschlich für rechtmäßig (z.B. bei Ersatzbereitschaft, Gattungsforderung), so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum). Er legt das gesetzliche Tatbestandsmerkmal "rechtswidrig" unrichtig aus. Weiß der Täter nicht, daß Umstände vorliegen, die mit der Eigentumsordnung übereinstimmen, so begeht er einen untauglichen Versuch. Um ein Wahndelikt handelt es sich, wenn er trotz Kenntnis des der Eigentumsordnung entsprechenden Sachverhalts irrig glaubt, die Zueignung sei "rechtswidrig" (umgekehrter Subsumtionsirrtum). Die fehlerhafte Einschätzung der Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Diebstahls ist Verbotsirrtum. Beruht sie auf der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung nicht erfolgen.

Die zu § 242 angestellten Erwägungen gelten auch für die Beurteilung des Wortes "rechtswidrig" in § 249. Der Raub besteht aus Diebstahl und Nötigung.

Ergebnis: "rechtswidrig" in §§ 242, 249 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "in Widerspruch zur Eigentumsordnung".

b) § 246

Maurach, Lange und Maassen vertreten die Ansicht, das Wort "rechtswidrig" in § 246 bedeute etwas anderes als in § 242.¹⁵¹⁾ Beim Diebstahl sei es Tatbestandsmerkmal, bei der Unterschlagung allgemeines Verbrechenmerkmal. Schröder, Gallas, Schafheutle und Kempf lehnen dagegen die Möglichkeit, bei beiden Strafgesetzen zu unterschiedlichen Ergebnissen zu gelangen, ausdrücklich ab.¹⁵²⁾

Meines Erachtens muß der unrechtsbetonende Ausdruck in § 246 dieselbe Rechtsnatur wie in § 242 besitzen. Diebstahl und Unterschlagung schützen das gleiche Rechtsgut: Eigentum. Sie weichen nur dadurch voneinander ab, daß der Unterschlagende schon Gewahrsam an der Sache hat, während der Dieb ihn sich durch Wegnahme erst verschafft. Auch wenn man den Diebstahl nicht als Zueignung durch Wegnahme, sondern als kupiertes Erfolgsdelikt begreift, ergibt sich keine andere Beurteilung. Diese Konstruktion benutzte der Gesetzgeber nicht, um verschiedene Ergebnisse bei der Irrtumsbehandlung herbeizuführen, sondern allein, um den strafrechtlichen Schutz vorzuverlegen. Das Gesetz verzichtet beim Diebstahl auf den objektiven Erfolgseintritt. Während bei der Unterschlagung die Zueignung eine äußere und innere Tatseite aufweist, genügt beim Diebstahl die innere

151) Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 3b, BT § 26 III C 2 - BT § 27 II a 2d, 4; Kohlrausch-Lange § 242 Anm. III 2a - § 246 Anm. IV, V; Lackner-Maassen § 242 Anm. 5c - § 246 Anm. 6.

152) Schröder DRiZ 1956, S. 71, 72; Gallas Ndschr. 6. Band, S. 16; Schafheutle Ndschr. 6. Band, S. 17; Kempf S. 4, 80.

Tatseite. Der subjektive Tatbestand ist jedoch beim Diebstahl hinsichtlich des Merkmals "rechtswidrig" genauso beschaffen, wie wenn er eine Entsprechung im objektiven Tatbestand gefunden hätte. Es ist kein sachlich einleuchtender Grund ersichtlich, der dazu zwingt, den Begriffen "rechtswidrig" und "zueignen" in § 242 und § 246 einen unterschiedlichen Inhalt beizulegen. Diese Auffassung stimmt mit der herrschenden Lehre¹⁴⁴⁾ und der Begründung des Entwurfs 1962¹⁵³⁾ überein. Die unrechtsbetonende Wendung in § 246 ist somit ebenfalls normatives Tatbestandsmerkmal. Sie bedeutet "in Widerspruch zur Eigentumsordnung". Hinsichtlich der Irrtumsbehandlung wird auf die Ausführungen in Teil III, Kap. A 2. a) verwiesen.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 246 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "in Widerspruch zur Eigentumsordnung".

153) Begr. S. 401, 409.

c) § 248 c I

§ 248c I ist eine Sondervorschrift des § 242.¹⁵⁴⁾ Rechtsgut ist die Verfügungsbefugnis über elektrische Energie. Das bürgerliche Recht enthält keine Rechtsnormen für deren Übertragung. Die für Sachen geltenden Vorschriften werden entsprechend angewendet. Der Zueignungsbegriff umfaßt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch hier der Eigentumsordnung entsprechende und ihr zuwiderlaufende Sachverhalte. Ohne das Wort "rechtswidrig" vermag deshalb die Bestimmung die spezifische Rechtsgutsverletzung nicht erschöpfend zu umschreiben. Der unrechtsbetonende Ausdruck ist daher normatives Tatbestandsmerkmal. Er bedeutet ebenfalls "in Widerspruch zur Eigentumsordnung". Die Irrtumsbehandlung entspricht den in Teil III, Kap. A 2. a) aufgestellten Grundsätzen.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 248c I ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "in Widerspruch zur Eigentumsordnung".

¹⁵⁴⁾ Schwarz-Dreher § 248c Anm. 4; Welzel Ndschr. 6. Band, S. 299f.

3. a) § 263

Der Bundesgerichtshof beurteilt das Wort "rechtswidrig" in § 263 als Tatbestandsmerkmal (BGHSt 3, 99, 101; 3, 110, 123; 4, 105; NJW 1953, S. 1479f). Nehme der Täter an, auf die angestrebte Bereicherung ein Recht zu haben, so handele er im Tatbestandsirrtum, und zwar unabhängig davon, ob er aus Tat- oder aus Rechtsirrtum die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils verkenne. Die herrschende Meinung im Schrifttum vertritt denselben Standpunkt.¹⁵⁵⁾ Der Entwurf 1962 gebraucht die Formulierung "..., um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern, ..." (§ 252 E 1962). Sie soll Tatbestandsmerkmal sein.¹⁵⁶⁾

Welzel, von Jaschke und Firnhaber bejahen ein allgemeines Verbrechensmerkmal.¹⁵⁷⁾ Habe der Täuschende einen fälligen Anspruch auf die Leistung, so fehle es bereits am Vermögensschaden. Da mit der Erfüllung der geschuldeten Leistung die Schuld getilgt werde, erhalte der Schuldner gleichzeitig mit dem Verlust der Leistung die volle Gegenleistung (Prin-

155) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, S.80, § 253 FN 9, S. 313f; Mezger-Blei AT § 64 I 1a, § 65 II 4, BT § 58 VI 3, § 61 I 4; Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b, § 253 Anm. 5, § 263 Anm. 8; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 253 Anm.3B, § 263 Anm. 8A; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 3b, c, BT § 37 II A 2f, 3, § 38 II C und C 2; LK § 253 Anm. 6b, § 263 Anm. 7, 8b; Netzler S. 41; Kääb-Rösch Art. 2, RdNr 26; so wohl auch Mohrbotter GA 1967, S. 199ff, 209f, 214f.

156) Begr. S. 424, 430, 401.

157) Welzel LB § 54 III, § 55 II 2, NJW 1953, S. 652f; von Jaschke S. 50ff; Firnhaber S. 87ff, 96.

zip des Schadensausgleichs). Der Ausdruck "rechtswidrig" hebe die Rechtswidrigkeit überflüssigerweise hervor.

Busch ist ebenfalls der Ansicht, daß bei einem fälligen Anspruch die Leistung des Schuldners keinen Vermögensschaden darstelle. Nach Busch ist das unrechtsbetonende Merkmal jedoch nicht entbehrlich. Es sei Tatbestandsmerkmal.¹⁵⁸⁾ Durch ihn werde die Beziehung zwischen Vermögensschaden und Vermögensvorteil hergestellt und das Erfordernis der Substanzgleichheit angedeutet.

Hartung verneint ein Tatbestandsmerkmal.¹⁵⁹⁾ Habe der Täter objektiv einen Anspruch, glaube er aber, keinen zu haben, so liege ein Wahndelikt vor.

Schröder und Roxin sehen in "rechtswidrig" einen Hinweis auf spezielle Rechtfertigungsgründe.¹⁶⁰⁾ Fällige Ansprüche auf die Leistung des Schuldners würden die Rechtswidrigkeit des Betruges ausschließen. Wer irrig glaube, einen Anspruch zu besitzen, irre sich über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Dieser Irrtum sei gemäß § 59 I zu behandeln.

Neuerdings gibt Schröder einen weiteren Hinweis zur Lösung des Problems.¹⁶¹⁾ Der Besitz einer Sache sei

158) Landesreferate S. 343, Mezger-Festschrift S. 173f, LM Nr. 4 zu § 253 StGB.

159) NJW 1953, S. 552f.

160) Schönke-Schröder § 253 Rdnr 22, § 263 Rdnr 125, 128, Schröder DRiZ 1956, S. 72; Roxin S. 146

161) JZ 1965, S. 515, Schönke-Schröder § 263 Rdnr 118aff.

höherwertig als die Schuldtilgung. Nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei daher ein Vermögensschaden auch bei der Erfüllung eines fälligen Anspruchs entstanden. Man könne nun in den Vermögensbegriff rechtliche Elemente einbauen, wie es die juristisch-ökonomische Theorie tue, und so zu einer Verneinung des Tatbestandes kommen. Man könne jedoch auch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff beibehalten und die Lösung woanders suchen. Der in § 263 verwendete Begriff "rechtswidrig" sei kein Attribut, das den Begriffen Vorteil und Schaden zuzuordnen sei, sondern bezeichne die rechtliche Beurteilung des Vorgangs der Vermögensverschiebung zwischen dem Opfer und dem Täter. Man könne daher durchaus auf dem Boden einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise verbleiben, wenn man zugleich anerkenne, daß ein zusätzliches Element des Tatbestandes die rechtliche Mißbilligung, die Illegitimität der Vermögensverschiebung sei und daher der Tatbestand nur dann voll erfüllt sei, wenn den Getäuschten eine Vermögenseinbuße im Widerspruch zur Privatrechtsordnung treffe.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Rechtsprechung und Lehre, mit Ausnahme von Hartung, trotz unterschiedlicher Begründungen zu denselben Ergebnissen bei der Irrtumsbehandlung gelangen. Die irri-ge Annahme, einen fälligen Anspruch zu besitzen, soll Tatbestandsirrtum sein. Ein darüber hinausgehendes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird nicht gefordert.

Rechtsgut des § 263 ist das Vermögen.¹⁶²⁾

162) Welzel LB § 54; Mezger-Blei BT § 57 III.

Vermögensschaden ist die Verminderung der einer Person zustehenden wirtschaftlichen Werte in ihrer Gesamtheit. Die Verringerung der Aktiva oder die Vermehrung der Passiva allein begründet keinen Vermögensschaden, wenn zugleich ein Vermögensausgleich stattfindet. Maßgebend ist der Saldo, der sich aus den um die Passiva verminderten Aktiva ergibt. Bei der Erfüllung einer Schuld entsteht kein Schaden, weil der Besitzverlust durch das Erlöschen der Verbindlichkeit ausgeglichen wird. Der Gläubiger wird ebenfalls nicht bereichert, weil dem Empfang der Leistung der Verlust der Forderung gegenübersteht. Der Saldo bleibt bei Schuldner und Gläubiger unverändert. Die Auffassung, daß bei Erfüllung eines fälligen Anspruchs der Vermögensschaden zu verneinen ist, vertreten Welzel, Busch, Arthur Kaufmann, Bockelmann, von Jaschke und Firnhaber.¹⁶³⁾ Auch der Bundesgerichtshof hat sie bereits ausgesprochen (NJW 1953, S.1479; BGHSt 20, 136; vgl.auch BGH GA 1966, S. 52 und BayObLGSt 1955, S. 7 und 136). Wer durch Täuschung die Begleichung einer fälligen Forderung bewirkt, fügt nach dieser Ansicht seinem Schuldner keinen Vermögensnachteil zu und verschafft sich keinen Vermögensvorteil. Die herrschende Meinung, die in diesem Fall den Vermögensschaden bejaht, aber die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils verneint, verwickelt sich bei Strafgesetzen in Widersprüche, die keinen unrechtsbetonenden Ausdruck enthalten. Wenn der Geschäftsführer einer Ge-

163) Welzel LB § 54 I 4b, III, NJW 1953, S.652; Busch LM Nr.4 zu § 253 StGB; Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, FN 68, S. 132; Bockelmann, Mezger-Festschrift, S. 367f, Ndschr. 8. Band, S.44; von Jaschke S. 51; Firnhaber S. 87ff.

sellschaft mit beschränkter Haftung mit deren Mitteln Gesellschaftsschulden tilgt, müßte er nach der herrschenden Meinung folgerichtig den Tatbestand der Untreue (§ 81a GmbHG) verwirklicht haben. Bei § 272 müßte die Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, als vorliegend angenommen werden, wenn der Täter einen fälligen Anspruch durchsetzen will (bezeichnend RGSt 53, 102).

Schröder ist zuzugeben, daß bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Besitz einer Sache höherwertig sein kann als der Anspruch auf Übergabe der Sache, so daß ein völliger Schadensausgleich nicht immer eintritt. Die Anhänger des faktischen Vermögensbegriffs müssen eine Vermögensschädigung als gegeben ansehen. Schröder schlägt vor, die wirtschaftliche Betrachtungsweise beizubehalten und als zusätzliches Element des Tatbestandes die rechtliche Mißbilligung der Vermögensverschiebung anzuerkennen. Er bezeichnet die Rechtsnatur dieses zusätzlichen Elementes nicht näher. Schröder will dem Wort "rechtswidrig" eine gesamtatbewertende Bedeutung beilegen. obwohl es sich nur auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal bezieht. Zu einer solchen Konstruktion besteht meines Erachtens kein Anlaß, solange der Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit durch Auslegung der strafgesetzlichen Tatbestandsmerkmale erreicht werden kann. Nach dem Sinn der Privatrechtsordnung soll der Schuldner vor dem etwaigen, durch die Schuldtilgung entstehenden, rein wirtschaftlichen Schaden nicht geschützt werden. Die Einheit der Rechtsordnung und die insoweit geltende Akzessorietät des Strafrechts führen zu einer entsprechenden

immanenten Begrenzung des Rechtsguts Vermögen. Diese wird bei den Tatbestandsmerkmalen der Vermögensschädigung und der Bereicherung sichtbar. Eine teleologische Auslegung dieser strafgesetzlichen Ausdrücke bewirkt bei Erfüllung einer fälligen Forderung die Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit. Der Vermögensschaden ist ein Rechtsbegriff. Für ihn ist nicht die ausnahmslose Durchführung eines Gesichtspunktes (hier wirtschaftliche Betrachtungsweise), sondern die am geschützten Rechtsgut unter Beachtung der gesamten Rechtsordnung orientierte Interpretation maßgebend. Man kann daher durchaus im Grundsatz an der wirtschaftlichen Betrachtungsweise festhalten, muß allerdings aus der Wertung der Rechtsordnung sich ergebende Ausnahmen zulassen.¹⁶⁴⁾ Wie man einen solchen modifizierten wirtschaftlichen Vermögensbegriff bezeichnet und in welchem Verhältnis er zur juristisch-ökonomischen Vermögenstheorie steht, sind zweitrangige Fragen. Wesentlich ist, daß bei teleologischer Auslegung des § 263 die Existenz eines fälligen Anspruchs zur Verneinung von Vermögensschaden und Vermögensvorteil führt.

Ist das Merkmal "rechtswidrig" nicht der richtige Ort zur Berücksichtigung einer fälligen Forderung auf die Leistung des Schuldners, so fragt es sich, ob es auf sonstige Sachverhalte hinweist. Zum Teil werden im Schrifttum weitere Beispiele genannt, bei denen der Vermögensvorteil nicht "rechtswidrig" sei.¹⁶⁵⁾ Blei spricht hierbei von einem verworrenen

164) Vgl. zum Rechtsbegriff der Kausalität ähnlich Baumann LB § 17 I 2 und II 4 a.

165) Vgl. Kohlrausch-Lange § 253 Anm. VIII 1b und die Übersichten bei Maurach BT § 38 II C 2, Mezger-Blei BT 58 VI 2.

Stand der Meinungen (aaO). Meines Erachtens ist der Betrugstatbestand bis auf die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale der Vermögensverfügung und der Stoffgleichheit vollständig im Gesetz enthalten. Die Rechtsprechung hat auch, soweit ersichtlich, außer dem Fehlen eines fälligen Anspruchs keine weiteren Fälle unter das Wort "rechtswidrig" subsumiert. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ergibt sich schon aus der Art ihrer Erlangung, nämlich der durch Täuschung bewirkten Vermögensschädigung.¹⁶⁶⁾

Die Wendung "rechtswidriger Vermögensvorteil" nimmt auch nicht auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Substanzgleichheit zwischen Vermögensschaden und Vermögensvorteil Bezug, wie Busch meint. Eine solche Absicht des Gesetzgebers hat jedenfalls im Gesetzestext keine Andeutung gefunden. Die Substanzgleichheit kann nur durch die in §§ 252, 259 des Entwurfs 1962 gewählte Formulierung objektiviert werden ("...einen Vermögensnachteil zufügt, um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern, ...").

Hartungs Ansicht kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Nicht jedes rechtlich-normative Merkmal ist ein Rechtswidrigkeitsmerkmal. Es kann auch Tatbestandsmerkmal sein. Daß eine fällige Forderung zur Verneinung der Tatbestandsmerkmale "Vermögensschaden" und "Vermögensvorteil" führt, wurde oben nachzuweisen versucht.

166) Welzel LB § 54 III, § 55 II 2, NJW 1953, S. 652; Bockelmann Ndschr. 8. Band, S. 44.

Auch der Auffassung Schröders und Roxins, der fällige Anspruch auf die Leistung des Schuldners bilde einen Rechtfertigungsgrund, kann nicht beige-
pflichtet werden. Täglich entstehen Millionen For-
derungen, vor allem aus Vertrag. Die Vertragsfrei-
heit ist ein Grundrecht (Art. 2 I GG). Der Empfang
der geschuldeten Leistung ist ein sozialadäquater
Vorgang und keine Ausnahmesituation. Für die Anhän-
ger der Lehre vom Gesamttatbestand ist es freilich
unerheblich, ob ein Merkmal zum Leitbildtatbestand
oder zur Rechtfertigung gehört. Die Vertreter der
Lehre vom Leitbildtatbestand müssen jedoch den von
Schröder und Roxin geleugneten sachlichen Unter-
schied zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungs-
merkmalen beachten.

Das Wort "rechtswidrig" beschreibt keinen Teil der
spezifischen Rechtsgutsverletzung des Betruges. Es
ist für den Tatbestand entbehrlich. Dennoch ist es
kein allgemeines Verbrechenmerkmal, wie Welzel be-
hauptet. Hierzu ist neben der Entbehrlichkeit für
den Tatbestand eine entsprechende Stellung im Ge-
setz erforderlich, die die gesamttatbewertende Funk-
tion ausdrückt. Dies geschieht, wenn sich der un-
rechtsbetonende Begriff am Anfang oder Schluß der
Beschreibung oder beim Zeitwort befindet. Bezieht
er sich nur auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal,
so kann nur eine Einzelwertung hervorgehoben wer-
den. Die Wendung "rechtswidrig" will (überflüssiger-
weise) die Eigenschaft eines Tatbestandsmerkmals,
nicht eine des gesamten Verhaltens, bezeichnen. Wel-
zel hat recht, wenn er die Formulierung "rechtswid-
riger Vermögensvorteil" in § 263 als sprachlich
mißglückt betrachtet.¹⁶⁷⁾ Zu der von ihm vorgeschla-

167) LB § 54 III.

genen Umdeutung besteht jedoch kein Grund. Sie ist für eine schuldgerechte Irrtumsbehandlung nicht nötig.

Der Ausdruck "rechtswidrig" in § 263 ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechenmerkmal. Er ist dogmatisch nicht notwendig und auch nicht zweckmäßig. Er ist gänzlich überflüssig. Der Betrugstatbestand besteht aus den in § 263 aufgeführten Tatbestandsmerkmalen, zu denen "rechtswidrig" nicht gehört, und aus den ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen der Vermögensverfügung und der Stoffgleichheit.

Wer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen irrig glaubt, einen fälligen Anspruch auf die Leistung des Schuldners zu haben, weiß nicht, daß er einem anderen Vermögensschaden zufügt. Zugleich fehlt ihm die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Meint er fälschlich, keine Forderung zu besitzen, so begeht er einen untauglichen Versuch. Wem bekannt ist, daß ihm ein Anspruch zusteht, wegen der Täuschung aber annimmt, rechtswidrig zu handeln, verübt ein Wahndelikt.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 263 ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechenmerkmal; es ist gänzlich überflüssig.

b) §§ 300 III, 298 IV 3

Hinsichtlich der Ermittlung der Rechtsnatur von "rechtswidrig" in § 300 III begnügt sich das Schrifttum mit einer Verweisung auf seine Ausführungen zu § 263.¹⁶⁸⁾ Die herrschende Meinung behauptet damit, auch hier handele es sich um ein Tatbestandsmerkmal. Der Entwurf 1962 gebraucht in §§ 185 V 2, 183 V 2 keinen unrechtsbetonenden Ausdruck ("...in der Absicht..., sich oder einen anderen zu bereichern...").

Es fällt zunächst auf, daß der Gesetzgeber bei den Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts manchmal "rechtswidrig" hervorhebt, häufig aber nicht. So wird es z.B. in § 16 II GeschlKRG, § 49 II ArzneimittelG, § 13 II StatG und § 40 II WassHaushG erwähnt. Nicht genannt wird es dagegen z.B. in § 6 I BestechVO, § 52 II AtomG, § 17 II KriegswaffG, § 24 II ApothG, § 86 II BLG, § 55 II KreditG, § 45 II AWG, § 142 II RVO, § 74a II Viehseuchengesetz und § 116 II HandwO. Ein bestimmtes Prinzip für die Angabe bzw. Nichtangabe von "rechtswidrig" ist nicht ersichtlich. Insbesondere besteht bei den Strafdrohungen kein Unterschied. Erkennbar ist lediglich, daß der Gesetzgeber in jüngeren Gesetzen die Formulierung des Entwurfs 1962 übernommen hat.

Gegenüber den in § 300 I, II umschriebenen Rechtsgutsverletzungen weist das in Absatz III bezeichnete Verhalten einen besonderen Handlungsunwert auf.

168) Schwarz-Dreher § 300 Anm. 6; LK § 300 Anm. 8b; Lackner-Maassen § 300 Anm. 9b; Schönke-Schröder § 300 Rdnr 27; Kohlrausch-Lange § 300 Anm. VIII 2.

Das Gesetz setzt einen höheren Strafraumen fest, weil es die Offenbarung eines fremden Geheimnisses durch den Inhaber einer Vertrauensstellung in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht als besonders verwerflich ansieht. Die anstößige Mittel-Zweck-Relation verdient verschärfte Strafe. Die Handlungsweise des Täters ist bei der zweiten Alternative jedoch nur dann besonders verwerflich, wenn die Gesamtheit der ihm oder dem Dritten zustehenden wirtschaftlichen Werte vermehrt wird. Dies trifft bei völligem Vermögensausgleich nicht zu. Nach dem Sinn der Privatrechtsordnung stellt die Erfüllung eines fälligen Anspruchs für den Gläubiger keinen Vermögensvorteil dar, da er zugleich seine Forderung verliert. Der Saldo seiner Vermögensbilanz bleibt unverändert. Das Merkmal "rechtswidrig" ist somit entbehrlich. Ohne es wird das Objekt des spezifischen Handlungsunwertes von § 300 III erschöpfend umrissen. Da es sich auf ein einzelnes Merkmal bezieht, kann es auch nicht allgemeines Verbrechensmerkmal sein. Seine Hervorhebung ist weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig.

Glaubt der Täter irrig, ihm oder dem Dritten stehe ein fälliger Anspruch zu, so hat er nicht die Absicht, sich oder dem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Bestimmung der Rechtsnatur von "rechtswidrig" in § 298 IV 3.

Ergebnis: "rechtswidrig" in §§ 300 III, 298 IV 3 ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechensmerkmal; es ist gänzlich überflüssig.

c) § 353 I

Kitzinger vertritt die Ansicht, "rechtswidrig" in § 353 I sei wohl nur eine Umschreibung für die vorausgehenden Worte "von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet".¹⁶⁹⁾ Von Jaschke meint, "rechtswidrig" unterstreiche nicht das Verbotensein der ganzen Handlung, sondern stelle eine Eigenschaft des Erhobenen dar, die es haben müsse, damit eine typisch rechtswidrige Handlung im Sinne des § 353 I vorliege.¹⁷⁰⁾ Dennoch sei dieser Ausdruck hier entbehrlich, da er nur eine Wiederholung und kurze Zusammenfassung des ersten Aktes des Deliktes darstelle, gewissermaßen ein Pluralismus des Gesetzgebers sei. Denn sprachlich wäre ohnehin klar, daß mit dem Erhobenen nur die durch Amtsmißbrauch, also rechtswidrig erhobenen Gebühren (1. Akt des Deliktes) gemeint sein könnten. Das Wort "rechtswidrig" ist für von Jaschke ein reines Rechtswidrigkeitsmerkmal.¹⁷¹⁾

Rechtsgüter des § 353 I sind das Vermögen des Zahlenden und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung. Der Bundesgerichtshof bezeichnet das beschriebene Delikt als "beamtenrechtlichen Spezialfall des Betruges" (NJW 1961, S. 1171, 1172). Das tatbestandsmäßige Verhalten ist zweiaktig: Erheben von Abgaben, die der Zahlende nicht verschuldet, und Unterlassung, das rechtswidrig Erhobene zur Kasse zu bringen. Die Abgabenüberhebung besteht aus Betrug und Unterschlagung.¹⁷²⁾

169) GS 55. Band, S. 99f.

170) S. 52.

171) S. 52, 63.

172) Welzel LB § 78 D III 2.

Das Merkmal "rechtswidrig" bezieht sich auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal. Es nennt eine Eigenschaft des Erhobenen. Das Gesetz will mit diesem Wort die Identität der Objekte beider Akte zum Ausdruck bringen. Es erspart sich die nochmalige Wiederholung der Formulierung "von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet" und gebraucht stattdessen die Abkürzung "rechtswidrig". Sie soll die Stoffgleichheit von Erhobenem und Nichtzurkassegebrachtem betonen. Diese Bedeutung von "rechtswidrig" haben Kitzinger und von Jaschke zutreffend erkannt. Die Hervorhebung des Merkmals ist aber nicht überflüssig, wie von Jaschke erklärt. Die Wendung "das Erhobene" deutet die Identität der Objekte beider Akte noch nicht genügend an. Im Fall, daß der Zahlende Abgaben nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt der Täter teils rechtmäßig und teils rechtswidrig Gelder. Gegenstand des zweiten Aktes des § 353 I sind aber nur die rechtswidrig erhobenen Summen. Das Wort "rechtswidrig" ist Tatbestandsmerkmal. Es ist mit "das überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldete" (Erhobene) zu interpretieren.

Der Täter muß wissen, daß der Zahlende die Abgabe überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage schuldet und daß die Summe, die er nicht zur Kasse bringt, aus der Tathandlung (Erheben) stammt. Der Vorsatz ist ausgeschlossen, wenn ihm diese Kenntnis fehlt.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 353 I ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "das überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldete" (Erhobene).

d) § 353 II

Von Jaschke vertritt die Ansicht, die Verkürzung der amtlich festgesetzten Ausgabenbeträge sei immer rechtswidrig, da dadurch die von der zuständigen Stelle, also rechtmäßig ergangene Festsetzung durchbrochen würde.¹⁷³⁾ Einer Hervorhebung, daß diese Abzüge rechtswidrig seien, habe es daher nicht bedurft. Der Ausdruck "rechtswidrig" sei reines Rechtswidrigkeitsmerkmal.

Rechtsgüter des § 353 II sind das Vermögen des Empfängers und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung. Die Tat besteht (zumeist) aus einem Betrug gegen den Empfänger und einer Unterschlagung gegen den Staat.¹⁷⁴⁾ Ausgaben sind die Beträge, die tatsächlich ausbezahlt werden sollen. Abzüge, wie z.B. Skonto wegen Barzahlung, sind hierbei schon berücksichtigt. Wer als Beamter darüber hinaus den amtlich zur Ausgabe festgesetzten Betrag nicht in voller Höhe an den Empfänger entrichtet, verletzt die durch § 353 II geschützten Rechtsgüter. Der Tatbestand ist bereits ohne das Wort "rechtswidrig" vollständig im Gesetz enthalten. Da es sich auf Grund seiner Stellung in der Strafbestimmung nicht auf das gesamte, aus zwei Teilakten bestehende tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist es aber auch kein allgemeines Verbrechensmerkmal. Seine Erwähnung ist weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig. Der Begriff ist gänzlich überflüssig.

173) S. 52, 63.

174) Welzel LB § 78 D III 3.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen tatbestandsmäßigen Handlung ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 353 II ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechensmerkmal; es ist gänzlich überflüssig.

4. a) § 303

Die herrschende Meinung beurteilt "rechtswidrig" in § 303 als allgemeines Verbrechensmerkmal.¹⁷⁵⁾ Seine Hervorhebung sei überflüssig. Der Entwurf 1962 erwähnt in § 249 keinen unrechtsbetonenden Ausdruck.

§ 303 schützt das Eigentum vor vorsätzlichen Sachbeschädigungen. Die spezifische Rechtsgutsverletzung ist im Strafgesetz auch ohne das Merkmal "rechtswidrig" erschöpfend umschrieben. Es bezieht sich nach seiner Stellung in der Vorschrift auf die gesamte tatbestandsmäßige Tat. Es ist daher allgemeines Verbrechensmerkmal. Es soll den Richter auf die Prüfung häufig vorkommender Rechtfertigungsgründe aufmerksam machen (z.B. Einwilligung, §§ 228, 904 BGB).

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Sachbeschädigung ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der fälschlichen Annahme der Voraussetzungen eines Unrechtsausschließungsgrundes, so kann nach der eingeschränkten Schuldlehre eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung nicht erfolgen.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 303 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

175) BayObLGSt 1952, S.263; Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b, § 303 Anm. 5; Schwarz-Dreher § 303 Anm.3, 4; LK § 303 Anm.6; Maurach AT § 24 I B 3a, BT § 25 II A 3; Welzel LB § 22 III 1a; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V 3b, § 303 Anm.V; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, S.80, § 303 FN 1 S.375; Baumann LB § 12 II 1c, § 19 III 2a; von Jaschke S. 44; Kunert S.70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 297 und FN 81 ebenda; Gallas ZStW 67. Band, S.25; Renner S. 121; Holtfort S. 68; von Weber, Materialien Band I, S. 279. Für Annahme eines Tatbestandsmerkmals: Käßb-Rösch Einführung Rdnr 227.

b) § 305

Das Wort "rechtswidrig" in § 305 ist nach herrschender Meinung allgemeines Verbrechensmerkmal.¹⁷⁶⁾

§ 305 beschreibt einen qualifizierten Fall der Sachbeschädigung. Geschütztes Rechtsgut ist das Eigentum, das vor vorsätzlichen Zerstörungen bewahrt werden soll. Das § 305 entsprechende Verhalten weist gegenüber der einfachen Sachbeschädigung einen gesteigerten Erfolgsunwert auf. Die verschärfte Strafdrohung setzt voraus, daß die ganz oder teilweise zerstörte Sache für den Eigentümer oder die Allgemeinheit von besonders hohem Wert ist. Es muß sich um ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk handeln. Auch ohne den Ausdruck "rechtswidrig" wird die spezifische Rechtsgutsverletzung einschließlich des Objekts des gesteigerten Erfolgsunwertes vom Gesetz vollständig umschrieben. Da sich "rechtswidrig" auf die gesamte tatbestandsmäßige Handlung bezieht, ist es allgemeines Verbrechensmerkmal. Es ist ein entbehrlicher Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Zerstörung von Bauwerken ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 305 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

176) Lackner-Maassen § 305 Anm. 4; Schwarz-Dreher § 305 Anm. 2; LK § 305 Anm. 11; von Jaschke S. 44; Holtfort S. 68.

c) § 304

Der Begriff "rechtswidrig" in § 304 wird ganz überwiegend als allgemeines Verbrechensmerkmal gedeutet.¹⁷⁷⁾ Seine Erwähnung sei entbehrlich. In § 250 des Entwurfs 1962 fehlt ein unrechtsbetonender Ausdruck.

§ 304 beschreibt keine qualifizierte Sachbeschädigung, sondern ein eigenständiges Delikt.¹⁷⁸⁾ Die Vorschrift schützt ein Rechtsgut der Allgemeinheit, nämlich deren Interesse an der Erhaltung von Kulturgütern. Daher ist auch die Beschädigung bzw. Zerstörung eigenen oder herrenlosen Kulturguts mit Strafe bedroht. Die von § 304 verbotene spezifische Rechtsverletzung wird ohne das Merkmal "rechtswidrig" vom Gesetz vollständig gekennzeichnet. Da es sich nach seiner Stellung im Gesetz auf die gesamte tatbestandsmäßige Handlung bezieht, ist es allgemeines Verbrechensmerkmal. Es ist ein überflüssiger Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen gemeinschädlichen Sachbeschädigung ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 304 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

177) LK § 304 Anm. 11; Lackner-Maassen § 304 Anm. 4, 5; Schwarz-Dreher § 304 Anm. 3; Kohlrausch-Lange § 304 Anm. IV; von Jaschke S. 44f; Holtfort S. 68.

178) Schönke-Schröder § 304 Rdnr 1.

d) § 248c III

Der Entwurf 1962 will mit seinem § 251 im wesentlichen den Fall regeln, den das geltende Recht in § 248c III erfaßt. Er benutzt die Wendung "widerrechtlich entzieht". Nach seinem Sprachgebrauch ist damit ein Tatbestandsmerkmal gemeint.¹⁷⁹⁾

§ 248c I bestraft die in Zueignungsabsicht vorgenommene Entziehung elektrischer Energie. § 248c III regelt die unter Schädigungsabsicht begangene Entziehung elektrischer Energie. § 248c I beschreibt ein Zueignungsdelikt, § 248c III ein der Sachbeschädigung verwandtes Delikt.¹⁸⁰⁾ § 248c III knüpft lediglich deshalb an § 248c I an, um die Kennzeichnung des Unrechtssachverhaltes abzukürzen. Beide Absätze enthalten selbständige Tatbestände, die einander ausschließen. Das ergibt sich aus dem Wesen beider Delikte, den angedrohten Strafen, der Versuchsstrafbarkeit (§ 248c II) und dem Strafantragserfordernis (§ 248c III 2).

Rechtsgut des § 248c III ist die Verfügungsbefugnis über elektrische Energie. Das im Gesetz angegebene Verhalten ist auch ohne das Wort "rechtswidrig" unrechtsindizierend. Die Absicht, einem anderen Schaden zuzufügen, begründet bereits den speziellen Handlungsunwert. Das Merkmal ist somit kein Tatbestandsmerkmal.

Der unrechtsbetonende Ausdruck bezieht sich gemäß seiner Stellung im Gesetz nur auf einen Tatbestands-

179) Begr. S. 401.

180) Welzel LB § 51 III.

teil (den Gegenstand der überschießenden Innentendenz). Da er nicht das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bewertet, ist er auch kein allgemeines Verbrechensmerkmal. Seine Erwähnung ist weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig. Er ist vielmehr gänzlich überflüssig.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Tatbegehung ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 248c III ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechensmerkmal; es ist gänzlich überflüssig.

5. § 289

Das OLG Braunschweig (NJW 1961, S. 1274) und die herrschende Lehre¹⁸¹⁾ interpretieren "in rechtswidriger Absicht" in § 289 mit "in der Absicht, die Ausübung eines der genannten Rechte zu vereiteln". Nach von Jaschke¹⁸²⁾ ist jene Wendung entbehrlich. § 268 des Entwurfs 1962 enthält die Formulierung "... wegnimmt und dadurch absichtlich oder wissenschaftlich dessen Recht ganz oder zum Teil vereitelt, ...".

Rechtsgüter des § 289 sind die Rechte der Nutznießer, Pfandgläubiger, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsberechtigten. Sie werden vor Beeinträchtigungen durch den Eigentümer oder, zugunsten des Eigentümers, durch handelnde Dritte geschützt. Das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme bedeutet demzufolge die Entfernung der Sache aus dem tatsächlichen Machtbereich des Berechtigten derart, daß diesem die Ausübung seines Rechtes unmöglich wird. Zu einem Gewahrsamsbruch braucht es dabei nicht notwendig zu kommen. Wird das Wort "wegnimmt" auf diese Weise teleologisch ausgelegt und der Ausdruck "in rechtswidriger Absicht" durch "absichtlich" ersetzt, so ist der unrechtsbetonende Begriff für den Tatbestand entbehrlich. Die spezifische Rechtsgutsverletzung wird dann auch ohne ihn vom Gesetz erschöpfend umschrieben. Er ist kein Tatbestandsmerkmal. Da er sich nach seiner Stellung im

181) Welzel LB § 53 III 2; Schwarz-Dreher § 289 Anm. 2; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 289 FN 2, S. 362; Maurach BT § 33 II 1; Lackner-Maassen § 289 Anm. 3; LK § 289 Anm. 6b; Schönke-Schröder § 289 Rdnr 9.

182) S. 49.

Gesetz nur auf ein einzelnes (subjektives) Tatbestandsmerkmal bezieht und nicht auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten, kann er auch nicht allgemeines Verbrechenmerkmal sein. Die Erwähnung des Wortes "rechtswidrig" ist weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig. Es ist vielmehr gänzlich überflüssig. Die Korrektur des Gesetzeswortlauts (statt "in rechtswidriger Absicht" "absichtlich") ist zulässig. Sie tastet den Willen des Gesetzes nicht an. Es handelt sich lediglich um eine redaktionelle Verbesserung.

Für die Irrtumsbehandlung ergeben sich keine Besonderheiten. Weiß der Täter nicht, daß dem Besitzer ein Pfandrecht zusteht, so erliegt er einem Tatbestandsirrtum. Kennt er das Pfandrecht des Gläubigers, beruft er sich aber auf ein von der Rechtsordnung nicht anerkanntes Selbsthilferecht, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "in rechtswidriger Absicht" ist durch
"absichtlich" zu ersetzen; "rechtswidrig"
ist gänzlich überflüssig.

6. § 355

Von Jaschke bezeichnet "rechtswidrig" in § 355 als entbehrlichen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.¹⁸³⁾ Der Entwurf 1962 verwendet in § 472 das Wort "unbefugt". Er meint damit ebenfalls ein allgemeines Verbrechensmerkmal, auf das sich der Vorsatz nicht zu erstrecken brauche.¹⁸⁴⁾

Das Merkmal "rechtswidrig" bezieht sich nur auf die Tatbestandsalternative der Benachrichtigung vom Inhalt der einer Telegrafenanstalt anvertrauten Telegramme durch Postbeamte und diesen gleichgestellte Personen an Dritte. Rechtsgüter sind das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) und das Vertrauen der Allgemeinheit in das ordnungsgemäße Funktionieren des Postverkehrs. Das Fernmeldegeheimnis soll vor Preisgabe geschützt werden. Die Einwilligung des Betroffenen läßt die Strafbarkeit unberührt, da er über die Rechtsgüter nicht allein verfügen kann. Die spezifische Rechtsgutsverletzung wird vom Gesetz erschöpfend umschrieben, ohne daß es des unrechtsbetonenden Ausdrucks bedarf. Er bezieht sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten und ist deshalb allgemeines Verbrechensmerkmal. Er hat die Aufgabe, auf Rechtfertigungsgründe, insbesondere auf spezielle Amtsrechte (z.B. § 1 I des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz, § 99 StPO, § 12 FernmAnlG), hinzuweisen.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der vorsätzli-

183) S. 53.

184) Begr. S. 662, 664.

chen Verwirklichung der vierten Tatbestandsalternative des § 355 ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der fälschlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung nicht erfolgen.

Ergebnis: "rechtswidrig" in § 355 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

B. Die Bedeutung des Ausdrucks "zu Unrecht" in § 253

Rechtsprechung, Literatur und der Entwurf 1962 messen "zu Unrecht" in § 253 dieselbe Bedeutung bei wie "rechtswidrig" in § 263.¹⁸⁵⁾ Die herrschende Meinung nimmt also ein Tatbestandsmerkmal an, das ausgeschlossen werde, wenn dem Täter ein fälliger Anspruch auf die Leistung zustehe. Wer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen irrig glaube, ein solches Recht zu haben, befinde sich in einem Tatbestandsirrtum.

Rechtsgüter des § 253 sind das Vermögen und die persönliche Freiheit. Die Erpressung ist ein verselbständigtetes Spezialdelikt der allgemeinen Nötigung.¹⁸⁵⁾ § 253 enthält einen offenen Tatbestand. Das Wort "rechtswidrig" ist allgemeines Verbrechensmerkmal. Es weist auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit hin (siehe Teil III, Kap. A 1. b).

Zur Ermittlung der Rechtsnatur von "zu Unrecht" kann auf die Ausführungen in Teil III, Kap. A 3. a) verwiesen werden. Nach zutreffender herrschender Meinung stimmen die Formulierungen "um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern" in § 253 und "in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" in § 263 sachlich überein.¹⁸⁶⁾ Demgemäß verwendet auch der Entwurf 1962 in § 252 und § 259 gleichlautende Wen-

185) Mezger-Blei BT § 61 I.

186) BGHSt 4, 106; BGH NJW 1953, S.1479f; BayOblLGSt 1955, S.14; Welzel LB § 55 II 2; Mezger-Blei BT § 61 I 4; Maurach BT § 37 II A 2 f; Schwarz-Dreher § 253 Anm. 3B; Schöнке-Schröder § 253 Rdnr 19.

dungen ("um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern"). Erpressung und Betrug sind Vermögensverschiebungsdelikte, bei denen die Bereicherung ins Subjektive verflüchtigt ist. Sie unterscheiden sich lediglich in den Tatmitteln. Der Erpresser bewirkt die Vermögensverfügung des Betroffenen durch Nötigung, der Betrüger durch Täuschung. In beiden Strafgesetzen bezieht sich der unrechtsbetonende Ausdruck ("zu Unrecht" bzw. "rechtswidrig") auf dasselbe Tatbestandsmerkmal (Bereicherung bzw. Vermögensvorteil). Ein Vermögensnachteil und eine Bereicherung liegen wegen des Vermögensausgleichs nicht vor, wenn die Vermögensverfügung der Tilgung einer fälligen Forderung dient. Der Begriff "zu Unrecht" beschreibt keinen Teil des Deliktstypus. Er ist nicht Tatbestandsmerkmal. Da er nach seiner Stellung im Gesetz nur ein einzelnes Tatbestandsmerkmal (überflüssigerweise) bewertet und nicht die gesamte tatbestandsmäßige Tat, ist er auch nicht allgemeines Verbrechensmerkmal. Seine Erwähnung ist weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig. Er ist vielmehr gänzlich entbehrlich. Wer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen irrig glaubt, ihm stehe ein fälliger Anspruch auf die Leistung des Betroffenen zu, weiß nicht, daß er einem anderen einen Vermögensnachteil zufügt und sich bereichert. Er handelt nicht mit Bereicherungsabsicht. Meint er fälschlich, keine Forderung zu besitzen, so begeht er einen untauglichen Versuch. Wer weiß, daß er Gläubiger des Betroffenen ist, wegen der Anwendung von Gewalt oder der Drohung mit einem empfindlichen Übel aber annimmt, sich "zu Unrecht" zu bereichern, verübt ein Wahndelikt. Es kommt nur eine Bestrafung wegen Nötigung in Betracht.

Ergebnis: "zu Unrecht" in § 253 ist weder Tatbestandsmerkmal noch allgemeines Verbrechensmerkmal; es ist gänzlich überflüssig.

C. Die Bedeutung der Ausdrücke "widerrechtlich" und
"ohne Befugnis"

1. § 123

a) "widerrechtlich"

Der Ausdruck "widerrechtlich" in § 123 wird überwiegend als allgemeines Verbrechensmerkmal charakterisiert.¹⁸⁷⁾ Einige Autoren nehmen dagegen ein Tatbestandsmerkmal an.¹⁸⁸⁾ Der Täter müsse das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit seines Tuns haben. Der Entwurf 1962 verwendet in § 172 kein unrechtsbetonendes Wort.

Rechtsgut des Hausfriedensbruchs ist das Hausrecht. Es ist ein aus Elementen des Besitzschutzes und des Schutzes der persönlichen Freiheit zusammengesetztes Rechtsgut eigener Art. Es besteht in einer lokalisierten persönlichen Freiheitssphäre, in der Freiheit der Entscheidung darüber, wer zu den geschützten Räumlichkeiten Zutritt haben soll.¹⁸⁹⁾ Bestehen und Umfang des Verbrechensobjekts hängen demgemäß vom Willen des Berechtigten ab. Ist der Hausrechts-

187) OLG Hamm NJW 1960, S.1683; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 3a, BT § 23 II A 4; Welzel LB § 22 III 1a; Baumann LB § 12 II 1c; von Jaschke S.42; Holtfort S.68; Kunert S.70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S.297 und FN 81 ebenda; Hanack JuS 1964, S.354; Renner S.90; Lackner-Maassen § 123 Anm.5; Maurach ROW 1958, S.179.

188) Schwarz-Dreher § 123 Anm.4; LK § 123 Anm.V; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 123 FN 7b, S.157.

189) E 1962, Begr. S.301f; Welzel LB § 44; Schwalm Ndschr. 6.Band, S.251, und 7.Band, S.22.

inhaber mit dem Eintreten einverstanden, dann wird das Rechtsgut nicht verletzt. Der Tatbestand verlangt ein Handeln wider den Willen des Berechtigten. Seine Einwilligung hat tatbestandsausschließende Wirkung. Das Fehlen der Einwilligung wird durch Auslegung des Tatbestandsmerkmals "eindringt" berücksichtigt. Eindringen ist der Eintritt gegen den (ausdrücklich oder konkludent erklärten) Willen des Berechtigten. Die spezifische Rechtsgutsverletzung des § 123 I 1. Alt. liegt im Betreten der genannten Räumlichkeiten ohne Einwilligung des Hausrechtsinhabers. Sie wird ohne das Merkmal "widerrechtlich" vom Gesetz erschöpfend beschrieben. Es ist deshalb kein Tatbestandsmerkmal. Da es nicht dem Tatbestand angehört und sich nach seiner Stellung in der Bestimmung auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist es allgemeines Verbrechensmerkmal. Es weist auf die häufig vorkommenden, zumeist außerhalb des Strafrechts geregelten Rechtfertigungsgründe hin (z.B. §§ 102ff StPO, § 758 ZPO, Polizeigesetze).

Glaubt der Täter irrig, der Berechtigte sei mit dem Betreten einverstanden, so weiß er nicht, daß er eindringt. Es liegt ein Tatbestandsirrtum vor. Der Irrtum über die Widerrechtlichkeit des vorsätzlichen Hausfriedensbruchs ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der fälschlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung nicht erfolgen.

Ergebnis: "widerrechtlich" in § 123 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

b) "ohne Befugnis"

Die Rechtsnatur des Merkmals "ohne Befugnis" in § 123 ist umstritten. Nach einer Ansicht handelt es sich um ein allgemeines Verbrechenmerkmal,¹⁹⁰⁾ nach einer anderen um ein Tatbestandsmerkmal.¹⁹¹⁾ Der Entwurf 1962 enthält in § 172 keinen unrechtsbetonenden Ausdruck. Nach der Begründung¹⁹²⁾ ist der im geltenden Recht befindliche Zusatz "wenn er ohne Befugnis darin verweilt" entbehrlich. Bestehe für den Täter ein Recht zum Verweilen, so schließe es nach allgemeinen Grundsätzen die Strafbarkeit aus.

Rechtsgut der zweiten Tatbestandsalternative des § 123 I ist ebenfalls das Hausrecht. Das Gesetz beschreibt hier ein echtes Unterlassungsdelikt. Zu seinem Tatbestand gehört die Angabe der Unterlassung und des Sachverhalts, an den das Gesetz die Rechtspflicht zu bestimmtem Handeln knüpft. Die Pflicht zum Handeln ist das allgemeine Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit bei Unterlassungsdelikten (BGHSt 16, 155; 19, 295). Die Unterlassung besteht bei § 123 I 2. Alt. im Sichnichtentfernen, der Sachverhalt im Verweilen in einer Räumlichkeit des Berechtigten trotz dessen Aufforderung, sich zu ent-

190) OLG Hamm NJW 1960, S.1683; Maurach AT § 23 I B, § 46 I 2, BT § 23 II A 4; Welzel LB § 14 I 2c; Lackner-Maassen § 123 Anm.5; von Jaschke S.55; Renner S.90f; Maurach ROW 1958, S.179.

191) Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 123 Anm. 3 Ba, 4; LK § 123 Anm.V; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer S.5 und § 123 FN 8, S.157f; Schönke-Schröder § 123 Rdnr 22.

192) S. 311.

fernen. Dieses Verhalten indiziert die Rechtswidrigkeit. Es ist die vom Gesetz gemeinte spezifische Rechtsgutsverletzung. Zu ihrer erschöpfenden Beschreibung bedarf es der Wendung "ohne Befugnis" nicht. Sie ist kein Tatbestandsmerkmal. Da sie für den Tatbestand entbehrlich ist und sich nach ihrer Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist sie allgemeines Verbrechenmerkmal. Sie soll den Richter auf häufig vorkommende, vielfach außerhalb des Strafrechts geregelte Rechtfertigungsgründe hinweisen (z.B. § 39 II BetrVerfG, § 32 I BSeuchG, Polizeigesetze).

Der Irrtum über die mangelnde Befugnis zum Verweilen trotz Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale ist ein Irrtum über die Rechtspflicht zum Handeln. Dieser ist Verbotsirrtum (BGHSt 19, 295). Beruht er auf der irrigen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so kann der Täter nach der eingeschränkten Schuldlehre nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden.

Ergebnis: "ohne Befugnis" in § 123 ist allgemeines Verbrechenmerkmal.

2. § 124

Das Merkmal "widerrechtlich" in § 124 wird teils als Tatbestandsmerkmal,¹⁹³⁾ teils als allgemeines Verbrechensmerkmal¹⁹⁴⁾ gedeutet. § 172 II des Entwurfs 1962 enthält keinen unrechtsbetonenden Ausdruck.

§ 124 schützt das Hausrecht und die Öffentliche Ordnung.¹⁹⁵⁾ Diese Strafbestimmung fordert gegenüber § 123 einen zusätzlichen Handlungsunwert. Das Gesetz sieht eine erhöhte Strafdrohung vor, um auf die erhebliche verbrecherische Energie, die aus der öffentlichen Zusammenrottung und der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, hervorgeht, angemessen reagieren zu können. Die persönliche Freiheitssphäre des einzelnen Bürgers bedarf angesichts der massiven Bedrohung eines gesteigerten Schutzes. Die von § 124 verbotene spezifische Rechtsgutsverletzung wird von der Bestimmung vollständig umschrieben, ohne daß es hierzu des Merkmals "widerrechtlich" bedarf. Es ist deshalb kein Tatbestandsmerkmal. Der Begriff bezieht sich nach seiner Stellung im Gesetz nur auf das Zeitwort "eindringt", nicht auf "zusammenrottet". Da für ein Delikt des Hausfriedensbruchs das Eindringen wesentlich ist, kann auch bei dem mehraktigen schweren Hausfriedensbruch "widerrecht-

193) LK § 124 Anm. III 1; Schönke-Schröder § 124 Rdnr 5.

194) Welzel LB § 22 III 1a; Holtfort S. 68; von Jaschke S. 42.

195) Schwalm Ndschr. 6.Band, S. 251.

lich" gesamtatbewertende Bedeutung zuerkannt werden. Der unrechtsbetonende Ausdruck ist somit allgemeines Verbrechensmerkmal. Seine Hervorhebung ist entbehrlich.

Der Irrtum über die Widerrechtlichkeit des vorsätzlichen schweren Hausfriedensbruchs ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "widerrechtlich" in § 124 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

3. § 239

Das Wort "widerrechtlich" in § 239 hat nach Meinung des Bundesgerichtshofs die Bedeutung eines allgemeinen Verbrechensmerkmals. Die in BGHSt 2, 234 und 3, 124f geäußerte Ansicht, "widerrechtlich" sei Tatbestandsmerkmal, der Vorsatz des Täters müsse sich auf die Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung erstrecken, wurde in der Entscheidung BGHSt 3, 357, 364f mit Rücksicht auf die neue Rechtsprechung zum Verbotsirrtum (BGHSt 2, 194ff) berichtigt.¹⁹⁶⁾ Nehme der Handelnde ein Recht zum Eingriff in die persönliche Freiheit eines anderen an, weil er, wenn auch irrig, Tatsachen für vorliegend erachte, bei deren Vorliegen ihm die Rechtsordnung in der Tat ein Recht zum Eingriff geben würde, so befinde er sich in einem Irrtum, der in seiner rechtlichen Bedeutung dem in § 59 I behandelten Irrtum über Tatumstände gleichzusetzen sei (BGHSt 3, 105). Ein Irrtum über die Widerrechtlichkeit sei aber Verbotsirrtum, wenn der Angeklagte auf Grund der von ihm als gegeben angesehenen Umstände den Eingriff für zulässig angesehen habe, während die Rechtsordnung ein solches Recht zum Eingriff in die Freiheit eines anderen auch dann, wenn die vom Angeklagten für vorliegend erachteten Umstände in der Tat gegeben wären, nicht anerkenne. Später erklärte der Bundesgerichtshof ausdrücklich (LM Nr. 6 zu § 239 StGB), die unrechtsbetonende Wendung umschreibe in § 239 nicht einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstand, sei also nicht Tatbestandsmerkmal, sondern allgemeines Verbrechensmerkmal.

196) Geier in LM Nr. 16 zu § 59 StGB.

Die herrschende Meinung im Schrifttum ist derselben Auffassung.¹⁹⁷⁾ In § 163 des Entwurfs 1962 fehlt ein unrechtsbetonender Begriff. Die Begründung hält "widerrechtlich" in § 239 für einen entbehrlichen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.¹⁹⁸⁾

Rechtsgut des § 239 ist die persönliche Freiheit hinsichtlich der Wahl des Aufenthaltsortes. Wer seinen Aufenthaltsort gar nicht verlassen will, wird in seiner persönlichen Freiheit nicht beeinträchtigt. Der Tatbestand verlangt ein Handeln wider Willen des Betroffenen. Dies kommt im Strafgesetz durch das Tatbestandsmerkmal "beraubt" zum Ausdruck. Die Einwilligung hat deshalb bei der Freiheitsberaubung tatbestandsausschließende Wirkung.¹⁹⁹⁾ Die spezifische Rechtsgutsverletzung dieses Delikts wird auch ohne das Wort "widerrechtlich" von § 239 I erschöpfend beschrieben. Es ist nicht Tatbestandsmerkmal. Es bezieht sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten. Die Bezeichnung "widerrechtlich" ist allgemeines Verbrechensmerkmal. Ihr kommt lediglich die Aufgabe zu, den Richter auf häufig vorkommende, oft außerhalb

197) Lackner-Maassen § 59 Anm. II 1b, § 239 Anm. 4; Schwarz-Dreher § 239 Anm. 3A; LK § 239 Anm. IV; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 3a, BT § 15 III; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1d, § 239 FN 2, S. 284; Welzel LB § 22 III 1a, § 43 II 4; Baumann LB § 12 II 1c; von Jaschke S. 42f; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 297; Gallas ZStW 67. Band, S. 25; Renner S. 115; Holtfort S. 68; Kunert S. 70; Maurach ROW 1958, S. 180; Schwalm Ndschr. 6. Band, S. 251.

198) S. 302.

199) So auch Schönke-Schröder § 239 Rdnr 8; Mezger LB § 28 I 4 (S. 217); Goldmann S. 84.

des Strafrechts geregelte Rechtfertigungsgründe aufmerksam zu machen (z.B. Ausübung des Erziehungsrechts, § 1631 I BGB, § 127 I StPO, § 229 BGB).

Der Irrtum über die Widerrechtlichkeit der vorsätzlichen Freiheitsberaubung ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände, so wird der Täter nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft.

Ergebnis: "widerrechtlich" in § 239 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

D. Die Bedeutung des Ausdrucks "pflichtwidrig"

1. § 356

Der Bundesgerichtshof hat sich in mehreren Entscheidungen zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei dem Ausdruck "pflichtwidrig" in § 356 geäußert. Er unterscheidet zwischen dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, beschränkt auf die Kenntnis des Interessengegensatzes, und dem der Rechtswidrigkeit (BGHSt 5, 284, 287f). Irre der Rechtsanwalt über den Interessengegensatz, so sei sein Vorsatz nach § 59 I ausgeschlossen. Hierin erschöpfe sich die Bedeutung des Wortes "pflichtwidrig". Neben dem Vorsatz, widerstreitende Interessen in derselben Rechtssache wahrzunehmen, komme kein besonderes "Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit" in Betracht. Allerdings könne der Täter trotz des Vorsatzes der Auffassung sein, nichts Unerlaubtes zu tun. Dies sei beim Parteiverrat ebenso wie bei anderen strafbaren Handlungen denkbar. Dann fehle es am Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Es handele sich hierbei um einen Fall des gewöhnlichen Verbotsirrtums. Während der Bundesgerichtshof früher "pflichtwidrig" als Blankettmerkmal zu deuten schien, wobei § 45 Nr. 2 BRAO die Ausfüllungsnorm gewesen wäre (vgl. BGHSt 3, 400, 402; 4, 80, 84f; 5, 284, 287f; AnwBl 1954, S.200), spricht er neuerdings ausdrücklich von einem Tatbestandsmerkmal (BGHSt 15, 332, 336; 18, 192, 200). An seiner Irrtumsbehandlung hat sich nichts geändert.

Der Ansicht des Bundesgerichtshofs ist auch die .

herrschende Meinung im Schrifttum.²⁰⁰⁾ Der Vorsatz brauche sich nur auf den Interessengegensatz zu erstrecken. Darüber hinaus umfasse er kein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit. Obwohl Welzel, von Jaschke und Geppert den unrechtsbetonenden Ausdruck als allgemeines Verbrechensmerkmal beurteilen, gelangen sie zu denselben Ergebnissen.²⁰¹⁾ Der Interessengegensatz sei in den Tatbestandsmerkmalen "Rechtsache" und "Partei" bereits mitenthaltend, so daß § 356 auch ohne "pflichtwidrig" das verbotene Verhalten vollständig beschreibe. Unter Anknüpfung an BGHSt 3, 400 nahm Warda früher ein Blankettmerkmal an.²⁰²⁾ Das Wort "pflichtwidrig" verweise konkludent auf die ergänzenden Vorschriften der Rechtsanwaltsordnungen der Länder (heute § 45 Nr.2 BRAO). Auch Warda befürwortet die gleichen Rechtsfolgen bei der Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum wie die herrschende Meinung. Seine Auffassung hat vor kurzem das Bayerische Oberste Landesgericht beiläufig vertreten (BayObLGSt 1965, S. 68f). Der Entwurf 1962 verwendet in § 458 die Wendung "...Auftraggebern, deren Interessen einander sachlich wi-

200) Schönke-Schröder § 356 Rdnr 23; Maurach AT § 23 I B, § 24 I B 3c, § 38 II B 4, BT § 82 VII 2c; Lackner-Maassen § 356 Anm. 7; LK § 356 Anm. VII, VIII; Schwarz-Dreher § 356 Anm. 2Ba, 3; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 356 FN 5, S.426f; Kohlrausch-Lange § 356 Anm. VIII; Busch, Mezger-Festschrift, S. 172; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 192; Roxin S. 136ff; Hartl S. 20ff; Gutmann AnwBl 1963, S. 93; Käab-Rösch Einführung Rdnr 227.

201) Welzel LB § 76 VI 2, 3, 4, JZ 1954, S. 276f, JZ 1955, S. 455; von Jaschke S. 53f; Geppert S. 126, 141.

202) Blankettstrafgesetze S. 14, 37f; ebenso Weidenbach S. 19 und Lohberger S. 16f.

derstreiten, Rat oder Beistand gewährt...".

Weil der Gesetzgeber unnötigerweise statt "im entgegengesetzten Interesse" den Ausdruck "pflichtwidrig" wählte, besteht heute ein für die Irrtumsbehandlung unerheblicher, rein terminologischer Streit. Die Diskussion wird mit Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuchs gegenstandslos.

Der Parteiverrat ist keine besondere Untreue, sondern ein Delikt gegen die Rechtspflege.²⁰³⁾ Wo ein Rechtsanwalt mehreren Beteiligten in derselben Angelegenheit durch Rat oder Beistand dient, ohne daß ein Interessengegensatz vorherrscht, ist die Lauterkeit der Rechtspflege nicht in Gefahr. Ohne die Angabe des Interessengegensatzes wäre der Tatbestand unvollständig. Der Ansicht, die Merkmale "Partei" und "Rechtssache" enthielten bereits den Interessengegensatz, kann nicht zugestimmt werden. Hartl hat meines Erachtens überzeugend dargelegt,²⁰⁴⁾ daß für beide Begriffe ein möglicher Interessenkonflikt notwendig, aber auch ausreichend sei. Einerseits folge aus der Beteiligung mehrerer Personen an derselben Rechtssache noch nicht das Vorhandensein eines bestimmten, aktuellen Widerstreits der Parteibelange; andererseits hänge das Vorhandensein einer Rechtsangelegenheit oder Partei nicht vom Bestehen eines Interessengegensatzes ab. Wenn ein Rechtsanwalt zwei Klienten beim Entwurf eines Gesellschaftsvertrages berate, so diene er in derselben Rechtssache beiden Parteien. Zwischen ihnen

203) Welzel LB 76 VI, JZ 1954, S. 277f; Hartl S. 37f; E 1962 Begr. S. 646; vgl. auch BGHSt 15, 336.

204) S. 4f, 16ff, 26, 34.

brauche jedoch nicht unbedingt ein Interessengegensatz zu existieren.

Da der Tatbestand des Parteiverrats ohne das Wort "pflichtwidrig" auch wertneutrale Verhaltensweisen beschreiben würde, scheidet die Deutung als allgemeines Verbrechensmerkmal aus. In Betracht kommen die Beurteilungen als Tatbestandsmerkmal und Blankettmerkmal. Welzel, Lange, Schröder, Rösch, Paul, Michels und Hartl²⁰⁵⁾ wenden sich gegen Wardas Charakterisierung als Blankettmerkmal. Ihre Argumente treffen meines Erachtens aber nur zum Teil zu. Hartl meint (aaO), § 356 enthalte keine ausdrückliche Verweisung auf das anwaltliche Standesrecht. Schon wegen dieser mangelnden Erkennbarkeit der angeblichen Verweisung auf § 45 Nr. 2 BRAO sei die Blanketteigenschaft der Pflichtwidrigkeit zu verneinen. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Bezugnahme nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen kann. Durch Auslegung ist zu ermitteln, auf welche Ausfüllungsnormen das Blankettmerkmal verdeckt verweist. Die Rechtsprechung hat als Beispiele "unbefugt" in § 5 I a AkadG (BGHSt 14, 227), "nicht gerechtfertigt" in § 396 I AO a.F. (jetzt 392 n.F.; BGHSt 20, 180f) und "rechtswidrig" in § 53 II (BayObLGSt 1965, S. 68) genannt. Auch der Hinweis Langes (aaO), die Blankettform sei typischer Ausdruck derjenigen Strafbestimmungen, die nur ein äußerer Ordnungs-, kein innerer Kulturbestandteil unseres Rechts seien, § 356 gehöre dagegen zum

205) Welzel JZ 1954, S. 276f; Lange JZ 1956, S. 75; Schönke-Schröder § 59 Rdnr 141; Kääb-Rösch Einführung Rdnr 227; Paul FN 41, S. 28; Michels S. 91; zusammenfassend Hartl S. 21ff.

Kernbestand des Strafrechts, schlägt nicht durch. Die Verwendung von Blankettstrafgesetzen beruht auf rein gesetzestechnischen Erwägungen. Das Blankettmerkmal ist ein wertneutrales Instrument der Gesetzgebung. Daher ist es nicht verwunderlich, daß sich im Bereich des Kriminalstrafrechts zahlreiche Blankettstrafgesetze finden (z.B. § 392 I AO, §§ 239 I Nr. 3, 240 I Nr. 3 und 4 KO, §§ 106a, 107c). Der Einwand Welzels (aaO), das Verhältnis zwischen § 356 und § 45 Nr.2 BRAO sei das zwischen Strafgesetz und Verbotsnorm, widerlegt seine Auffassung selbst. Gerade Verbotsnormen sind die Ausfüllungsnormen von Blankettstrafgesetzen (vgl. z.B. § 24 StVG und StVO, StVZO).

Welzel macht darauf aufmerksam (aaO), daß § 356 bis zum Jahre 1879 mangels blankettausfüllender Vorschrift unanwendbar gewesen sein müßte. Da die Rechtsanwaltsordnung vom 1.7.1878 erst am 1.10.1879 in Kraft getreten sei, wäre der Interessengegensatz erst zu diesem Zeitpunkt Teil des Tatbestandes des Parteiverrates geworden. Lange gibt zu bedenken (aaO), § 356 bedrohe den Parteiverrat aller Rechtsbeistände mit Strafe, die Rechtsanwaltsordnung sei aber nur Ausfüllungsnorm für das pflichtwidrige Verhalten der Rechtsanwälte. Diese beiden Umstände deuten meines Erachtens darauf hin, daß der Gesetzgeber mit § 356 nicht den Erlaß eines Blankettstrafgesetzes beabsichtigt hatte. Hinzukommt, daß kein für den Gebrauch von Blankettmerkmalen üblicher Grund (Anpassung an zeitlich oder örtlich oft wechselnde Verhältnisse, Vermeidung von Wiederholungen) vorlag. Der Ausdruck "pflichtwidrig" weist somit die Rechtsnatur eines Tatbestandsmerkmals auf. Er bedeutet "im entgegengesetzten Interesse".

Bei einem Irrtum über das Merkmal "pflichtwidrig" ist zu unterscheiden. Verkennt der Rechtsbeistand die den Interessengegensatz begründenden Umstände und deren dem Gesetz entsprechende Bedeutung, so ist sein Vorsatz infolge Tatbestandsirrtums ausgeschlossen. Besitzt er diese Kenntnis, glaubt er aber dennoch unrichtig, nicht "pflichtwidrig" zu handeln, so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum). Er legt lediglich das Strafgesetz falsch aus.

Ergebnis: "pflichtwidrig" in § 356 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "im entgegengesetzten Interesse".

2. § 315a I Nr. 2

Paul bezeichnet das "grob pflichtwidrige Verhalten" als Tatbestandsmerkmal.²⁰⁶⁾ Dreher verlangt zum Vorsatz nur die Kenntnis der Umstände, die das Verhalten zu einem grob pflichtwidrigen machen; der Täter brauche sein Verhalten nicht selbst so zu beurteilen.²⁰⁷⁾ Welzel ist der Ansicht, das Merkmal der "groben Pflichtwidrigkeit" weise auf das bei Unterlassungsdelikten bedeutsame Gleichstellungsproblem hin, daß nur schwere und gefährliche Pflichtverletzungen in Frage kämen.²⁰⁸⁾

Rechtsgut des § 315a I Nr.2 ist die Sicherheit des Bahn-, Schiffs- und Luftverkehrs. Gegenüber § 315 ist § 315a I Nr.2 subsidiär.²⁰⁹⁾ Diese Vorschrift stellt für den genannten Personenkreis keinen umfassenden Tatbestand dar, durch den der Anwendungsbereich des § 315 I eingeschränkt wird. Er dehnt vielmehr für diesen Personenkreis lediglich den Bereich strafbarer Verkehrsgefährdungen auf weniger schwerwiegende Eingriffe in den Verkehrsablauf aus, wobei er sich auf die Erfassung grob pflichtwidrigen Verhaltens beschränkt.

§ 315a I Nr.2 verlangt einen Verstoß gegen die der Sicherung des Verkehrs dienenden Rechtsvorschriften. Er ist insoweit ein Blankettstrafgesetz.²¹⁰⁾

206) S. 53.

207) Schwarz-Dreher § 315a Anm. 6A.

208) LB § 67 IV 2c.

209) Begründung zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs S.26; BGHSt 21, 173.

210) Begr. aaO, Welzel LB § 67 IV 2c.

Der Gesetzgeber hat das Merkmal "grob pflichtwidriges Verhalten" verwendet, um die Strafbarkeit einzuschränken.²¹¹⁾ Nicht jede Handlung oder Unterlassung soll die Rechtswidrigkeit indizieren, sondern nur eine grobe Pflichtverletzung. Der Tatbestand ist ohne dieses Merkmal unvollständig. Es handelt sich jedoch um kein Tatbestandsmerkmal. Der Wendung kann auch durch Auslegung kein sachlich-gegenständlicher Inhalt beigelegt werden. Der Begriff ist so unbestimmt, daß er die für Tatbestandsmerkmale wesentliche Fähigkeit zu unterscheidungskräftiger Beschreibung nicht besitzt. § 315a I Nr.2 ist ein "offener" Tatbestand.²¹²⁾ Der Richter muß durch selbständige Wertung im Einzelfall feststellen, welches die fehlenden ungeschriebenen Merkmale sind, die eine grobe Pflichtwidrigkeit begründen. Der Ausdruck "grob pflichtwidrig" ist allgemeines Verbrechensmerkmal. Er bedeutet den Hinweis auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit.

Bei einem Irrtum über die grobe Pflichtwidrigkeit ist zu unterscheiden. Handelt der Täter in Unkenntnis der die grobe Pflichtwidrigkeit begründenden Umstände, so befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum. Kennt er den gesamten Sachverhalt, beurteilt er aber sein Verhalten irrig nicht als "pflichtwidrig", so erliegt er einem Verbotsirrtum. Bewertet er sein Tun fälschlich nicht als "grob", so ist ein (hier unbeachtlicher) Subsumtionsirrtum anzunehmen.

211) Begr. aaO.

212) So Welzel zu dem ähnlichen Ausdruck "grob verkehrswidrig", LB § 67 V 2 Ba.

Ergebnis: "grob pflichtwidrig" in § 315a I Nr.2 .
ist allgemeines Verbrechensmerkmal mit
der besonderen Bedeutung eines Hinwei-
ses auf die ausnahmsweise notwendige
positive Feststellung der Rechtswidrig-
keit.

E. Die Bedeutung der Wendung "ohne hierzu berech-
tigt zu sein" in § 341

Der Bundesgerichtshof hat in zwei unveröffentlichten Entscheidungen vom 3.7.1952 (5 StR 55/52) und 31.8.1955 (3 StR 170/55) die Formulierung "ohne hierzu berechtigt zu sein" in § 341 als allgemeines Verbrechensmerkmal beurteilt. Die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung im Amt sei nicht Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz erstrecken müsse. Es handele sich um ein außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes stehendes allgemeines Verbrechensmerkmal. Demgemäß sei der Irrtum hierüber nicht Tatbestands- sondern Verbotsirrtum. Es mache keinen Unterschied, daß die Rechtswidrigkeit in § 239 I mit dem Ausdruck "widerrechtlich", in § 341 jedoch mit den Worten "ohne hierzu berechtigt zu sein" hervorgehoben werde.

Im Schrifttum ist man überwiegend der Meinung, die unrechtsbetonende Wendung in § 341 sei Tatbestandsmerkmal.²¹³⁾ Dagegen nehmen Welzel, Lange und Gallas wie der Bundesgerichtshof ein allgemeines Verbrechensmerkmal an.²¹⁴⁾ Der Entwurf 1962 nennt die Freiheitsberaubung im Amt nur als Beispiel für einen besonders schweren Fall der Freiheitsberaubung (§ 164 Nr. 2 E 1962). Dem Täter solle verschärfte Strafe angedroht werden, wenn er bei der Tat seine Be-

213) Schwarz-Dreher § 341 Anm.2; LK § 341, Anm.III, V; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 341 FN 2, S.408; Schönke-Schröder § 341 Rdnr 11; Armin Kaufmann S.134 (negatives Tätermerkmal); von Jaschke S. 54; Blei S.201; unentschieden Lackner-Maassen § 341, Anm.3.

214) Welzel LB § 22 III 1a, § 78 C III 4; Kohlrausch-Lange § 341 Anm.V; Gallas Ndschr.13.Band, S.276.

fugnisse oder seine Stellung als Amtsträger gröblich mißbrauche.

Rechtsgut des § 341 ist die persönliche Freiheit des Bürgers; die pflichtgemäße Amtsführung wird erst in zweiter Linie geschützt.²¹⁵⁾ Die von einem Beamten vorgenommene Verhaftung, vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung beschränkt das durch Art. 2 II 2, 104 GG geschützte Grundrecht auf Freiheit der Person. Ein Eingriff in die Grundrechte des Bürgers bedarf in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat besonderer gesetzlicher Ermächtigung. Der Tatbestand der Freiheitsberaubung im Amt ist deshalb schon ohne das Merkmal "ohne hierzu berechtigt zu sein" vollständig im Gesetz enthalten. Gesetzliche Ermächtigungen, die Eingriffe in die Freiheit der Person durch Beamte gestatten (Amtsrechte), beseitigen nicht die Tatbestandsmäßigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit der Handlung. Einige Autoren vertreten dagegen mit beachtlichen Gründen die Auffassung, die bloße Verhaftung durch einen Beamten sei wertneutral, erst die ungesetzliche Verhaftung indiziere die Rechtswidrigkeit.²¹⁶⁾ Dieses Argument berührt die Rechtsnatur der Amtsrechte im allgemeinen. Nach der genannten Ansicht wären sie Tatbestandsausschließungsgründe. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem würde eine eigene Untersuchung erfordern. Das kann hier nicht geleistet werden. Es wird von der

215) E 1962, Begr. S. 647.

216) Schönke-Schröder Vorbemerkung Rdnr 7, Schröder JZ 1957, S. 584; Baumann LB § 21 II 6c; Blei S. 197ff; Schaffstein, Festschrift für das OLG Celle, S. 184; Busch, Landesreferate, S. 341; von Jaschke S. 54.
Vgl. auch Dreher Ndschr. 2. Band, S. 28.

herrschenden Meinung ausgegangen, die die Amtsrechte als Rechtfertigungsgründe behandelt.²¹⁷⁾

Da die Bezeichnung "ohne hierzu berechtigt zu sein" zur tatbestandlichen Beschreibung der Freiheitsberaubung im Amt nicht benötigt wird und sie sich nach ihrer Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist sie allgemeines Verbrechensmerkmal. Ihr obliegt die Aufgabe, den Richter auf die in anderen Rechtsgebieten besonders geregelten Unrechtsausschließungsgründe (Amtsrechte) hinzuweisen (z.B. in der StPO, den Polizei- und Verwahrungsgesetzen).

Der Irrtum über die mangelnde Berechtigung der vorsätzlichen Freiheitsberaubung im Amt ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände, so entfällt nach der eingeschränkten Schuldtheorie die Vorsatzstrafe.

Ergebnis: "ohne hierzu berechtigt zu sein" in § 341 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

217) Schwarz-Dreher Vor § 51 Anm. 2 D; Welzel LB § 14 VI 2 a.E.; Maurach AT § 29 I; Baumann LB § 21 II 6; Lackner-Maassen vor § 51 Anm. I 1h; LK Vor § 51 Anm.10; Schönke-Schröder Vorbemerkung § 51 Rdnr 18; Mezger-Blei AT § 43; H. Mayer, Studienbuch, S. 83.

F. Die Bedeutung des Ausdrucks "unberechtigt" in
§ 277

Welzel und Jagusch charakterisieren "unberechtigt" in § 277 als allgemeines Verbrechensmerkmal.²¹⁸⁾

§ 277 2. Alternative beschreibt ein Sonderdelikt der Urkundenfälschung. Es wird die Echtheit von Gesundheitszeugnissen im Interesse der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs geschützt. Während bei der ersten Tatbestandsalternative des § 277 der Täter seinen richtigen Namen gebraucht, aber sich der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder einer anderen approbierten Medizinalperson bedient, gebraucht er bei der zweiten Tatbestandsalternative die Bezeichnung und den Namen einer Medizinalperson. Wer selbst Arzt ist, seinen eigenen Namen und die ihm zustehende Bezeichnung als Arzt benutzt, erfüllt den Tatbestand nicht. Das Gesetz meint mit "solchen Personen" Medizinalpersonen, die mit dem Täter nicht identisch sind.

In manchen Fällen der Urkundenherstellung ist das Zeichnen mit fremdem Namen nicht tatbestandsmäßig, weil die Urkunde dennoch echt ist. Dies trifft zu, wenn der Unterzeichner den Namensträger rechtlich vertreten kann, ihn vertreten will und der Namenssträger sich in der Unterschrift vertreten lassen will. Eine Vertretung in der Unterschrift beim Ausstellen von Gesundheitszeugnissen ist wegen der höchstpersönlichen Natur dieser Tätigkeit jedoch unzulässig. Die Approbation als Medizinalperson ist

218) Welzel LB § 22 III 1a; LK § 277 Anm. 3.

an besondere subjektive Voraussetzungen geknüpft. Das von einer solchen Person unterzeichnete Gesundheitszeugnis genießt erhöhtes Vertrauen. Es muß deshalb gemäß seiner Eigenart eigenhändig unterschrieben werden. Jedes Zeichnen mit fremdem Namen ist bei § 277 2. Alternative unzulässig und somit tatbestandsmäßig.

Die spezifische Rechtsgutsverletzung wird von der Bestimmung erschöpfend umrissen, ohne daß es des Wortes "unberechtigt" bedarf. Da es sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist es allgemeines Verbrechensmerkmal. Seine Erwähnung ist überflüssig.

Wer trotz Kenntnis der zum Tatbestand gehörenden Tatumstände irrig glaubt, nicht "unberechtigt" zu handeln, weil er z.B. das Zeichnen unter fremdem Namen auch bei der Ausstellung von Gesundheitszeugnissen für zulässig hält, befindet sich im Verbotssirrtum.

Ergebnis: "unberechtigt" in § 277 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

G. Die Bedeutung des Ausdrucks "unbefugt"

1. § 107a

Das OLG Hamm äußerte sich in JZ 1957, S. 583, nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur von "unbefugt" in § 107a. Es meinte, auf jeden Fall verwirkliche derjenige den Tatbestand, der einen Wahlvorschlag mit dem Namen eines anderen unterschreibe, wenn er dazu weder eine öffentlich-rechtlich wirksame noch eine privat-rechtlich wirksame Ermächtigung erhalten habe. In dem entschiedenen Fall hielt die Angeklagte, die im Einverständnis mit ihren Eltern unter deren Namen einen Wahlvorschlag unterzeichnete, ihr Verhalten nicht für "unbefugt". Das OLG Hamm sah dieses Merkmal als erfüllt an, weil § 20 II Unterabsatz 2 des Landeswahlgesetzes NRW vom 26.3.1954 jede Stellvertretung beim Unterschreiben eines Wahlvorschlages ausschließe. Wenn die Angeklagte eine Vertretung dennoch als zulässig angesehen habe, so sei sie einem Verbotsirrtum erlegen. Diese Auffassung des Gerichts kann auf der Annahme eines normativen Tatbestandsmerkmals (Subsumtionsirrtum), eines Blankettmerkmals (Irrtum über die Existenz der Ausfüllungsnorm) oder eines allgemeinen Verbrechensmerkmals beruhen.

Das Urteil wurde in einer Anmerkung von Schröder abgelehnt.²¹⁹⁾ Das bloße Wählen könne die Rechtswidrigkeit nicht indizieren. Die erste Tatbestandsalternative des § 107a sei nur ein Spezialfall der zweiten. Jener müsse als ungeschriebenes Tatbestands-

219) JZ 1957, S. 584, ebenso in Schönke-Schröder § 107a Rdnr 4.

merkmal das Herbeiführen eines unrichtigen Wahlergebnisses subintelligiert werden. Die erste Alternative hätte zu lauten: "Wer durch unbefugtes Wählen ein unrichtiges Wahlergebnis herbeiführt...". Der Vorsatz des Täters müsse sich auf das Herbeiführen eines unrichtigen Wahlergebnisses beziehen, so daß Tatbestandsirrtum vorliege, wenn der Täter glaube, wirksam die Stimme für einen anderen abgeben zu können und damit ein Wahlergebnis herbeizuführen, das "richtig" sei. Das OLG Hamm hätte die Angeklagte deshalb freisprechen müssen.

Die herrschende Meinung in der Literatur deutet "unbefugt" als Tatbestandsmerkmal und versteht es meist als "ohne subjektive Wahlberechtigung".²²⁰⁾ Dem hat der Entwurf 1962 in seinem § 401 I Rechnung getragen. Er lautet: "Wer abstimmt, ohne stimmberechtigt zu sein, oder sonst ein unrichtiges Abstimmungsergebnis herbeiführt, ...". Der Mangel der Stimmberechtigung soll Tatbestandsmerkmal sein, das vom Vorsatz umfaßt sein müsse.²²¹⁾

Hirsch, dessen Ansicht auch von Renner und Fiedler vertreten wird, beurteilt "unbefugt" in § 107a als Blankettmerkmal.²²²⁾ Das Gesetz wolle zum Ausdruck

220) Lackner-Maassen § 107a Anm. 1; Schwarz-Dreher § 107a Anm. 2A, Dreher Ndschr. 10. Band, S. 364; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 107a, FN 1, S. 133; Welzel LB § 14 I 2c, JZ 1960, S. 180, Ndschr. 13. Band, S. 653f, 721; Kunert S. 71; Netzler S. 41. Wohl auch Blei S. 56 und Mezger-Blei AT § 65 II 4.

221) Begr. S. 587.

222) Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 297f und FN 83, S. 298; Renner S. 24, 50; Fiedler S. 104.

bringen, daß die verbotenen Verhaltensweisen den Wahlgesetzen und Wahlordnungen zu entnehmen seien. Eine derartige Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen sei immer dann zweckmäßig, wenn die Verbote, deren Verletzung bestraft werden solle, örtlich verschieden oder von umfangreicher Kasuistik seien oder sich häufig änderten. § 107a stelle eine Blankettbestimmung dar, die durch die Tatumstände der in den Wahlgesetzen enthaltenen Verbote, auf die "unbefugt" lediglich verweise, zu ergänzen sei. Allerdings verlangt Hirsch im Anschluß an Schröder ebenfalls das Bewußtsein der Unrichtigkeit des Wahlergebnisses, so daß sich gegenüber Schröder und der herrschenden Meinung bei der Irrtumsbehandlung im Ergebnis keine Abweichung ergibt.

Rechtsgut des § 107a ist das Interesse der Allgemeinheit an der Ermittlung des richtigen Wahlergebnisses. Das bloße Wählen indiziert wegen seiner Sozialadäquanz die Rechtswidrigkeit nicht. Das Wahlrecht ist ein demokratisches grundrechtsähnliches subjektives Recht (Art. 38 GG, § 90 I BVerfGG). Da ohne den unrechtsbetonenden Ausdruck der Tatbestand unvollständig wäre, kann er nur Tatbestandsmerkmal oder Blankettmerkmal sein. Meines Erachtens handelt es sich um ein Blankettmerkmal. Die Frage, wann "unbefugt" gewählt wurde, beantworten die Wahlgesetze und Wahlordnungen. Diese Bestimmungen dienen nicht der bloß beschreibenden Erläuterung des Begriffs "unbefugt". Sie umreißen nicht lediglich deklaratorisch seinen Inhalt. Es liegt vielmehr eine Verweisung auf die Ausfüllungsnormen eines Blankettstrafgesetzes vor. Der Tatbestand wird durch die Bezugnahme konstitutiv begründet. Wären die Wahlrechtsnormen noch nicht erlassen oder aus verfas-

sungsrechtlichen Gründen nichtig, so könnte eine Bestrafung nicht erfolgen.

Dem Wort "sonst" in § 107a I läßt sich entnehmen, daß das unbefugte Wählen ein Spezialfall der Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses ist. Das Wahlergebnis ist unrichtig, wenn es unter Verstoß gegen die Wahlgesetze und Wahlordnungen zustandegekommen ist. Auch hier obliegt den Wahlrechtsnormen nicht die nur beschreibende Erläuterung des Wortes "unrichtig". Der Tatbestand wird vielmehr erst durch die Bezugnahme auf sie konstitutiv begründet. Ohne sie könnte nicht angegeben werden, wann ein Wahlergebnis unrichtig sei.

Der Ausdruck "unrichtig" ist im Verhältnis zu "unbefugt" der Oberbegriff. Er bedeutet "den das Zustandekommen der Wahl betreffenden Vorschriften zuwider". Der Inhalt des Wortes "unbefugt" muß enger sein. Er ist mit "den das subjektive Wahlrecht betreffenden Vorschriften zuwider" zu bestimmen. Auf diese Rechtsnormen verweist "unbefugt" konkludent zur Ausfüllung des Tatbestandes. Die Verwendung eines Blankettmerkmals war für den Gesetzgeber sinnvoll. Die fehlenden Tatbestandsmerkmale sind in zahlreichen, umfangreichen, häufig sich ändernden und nicht immer übereinstimmenden Wahlgesetzen und Wahlordnungen des Bundes und der Länder enthalten. Mit Hilfe eines Blankettmerkmals konnte es sich der Gesetzgeber ersparen, die Ausfüllungsnormen in das Strafgesetzbuch aufzunehmen.

Im Anschluß an Hirsch wird in der ersten (und zweiten) Tatbestandsalternative des § 107a I ein Blankettstrafgesetz gesehen. Jedoch ist die Ansicht Schröders und Hirschs, es sei auch das Bewußtsein

der Unrichtigkeit des Wahlergebnisses Bestandteil des Vorsatzes, nicht zutreffend. Das "unbefugte" Wählen ist ein Fall der Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses. Wählt der Täter "unbefugt", so wird auch das Wahlergebnis unrichtig. Der Wortlaut des Gesetzes braucht deshalb nicht erweitert zu werden. Fügt man der ersten Tatbestandsalternative die Wendung "und dadurch ein unrichtiges Wahlergebnis herbeiführt" als Tatbestandsmerkmal hinzu, so gelangt bei der Irrtumsbehandlung zu Ergebnissen, die der Schuldtheorie widersprechen und die bei Annahme eines Blankettstrafgesetzes vermieden werden. Ein Achtzehnjähriger, der versehentlich einen Wahlschein erhalten hat und glaubt, durch seine Wahlbeteiligung werde das Ergebnis nicht unrichtig, befände sich in einem Tatbestandsirrtum. Der Autofahrer, der wegen falschen Parkens in die Verkehrssünderkartei eingetragen wurde und sich deshalb für nicht wahlberechtigt hält, aber dennoch wählt, beginge strafbaren untauglichen Versuch (§ 107a I, III).

Bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" sind die bei Blankettstrafgesetzen geltenden Regeln anzuwenden. Es ist demgemäß zu unterscheiden. Wer die Tatumstände nicht kennt, die zu einer Ausfüllungsnorm gehören, befindet sich im Tatbestandsirrtum. Der Vorsatz ist also ausgeschlossen, wenn z.B. jemand irrig glaubt, das 21. Lebensjahr bereits vollendet zu haben (§ 12 I Nr. 1 BWahlG) oder nicht weiß, daß er entmündigt wurde (§ 13 Nr. 1 BWahlG). Wer fälschlich meint, das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet zu haben oder entmündigt worden zu sein, begeht strafbaren untauglichen Versuch. Wer über die Existenz oder den Geltungsbereich der Ausfüllungsnormen irrt, erliegt einem Verbotsirrtum. Wer an-

nimmt, schon mit Vollendung des 18. Lebensjahres oder trotz Entmündigung wählen zu dürfen, macht sich nach dem Maße der Vorwerfbarkeit seiner Verbotsunkenntnis strafbar. Wer der Ansicht ist, erst mit Vollendung des 24. Lebensjahres wählen zu dürfen oder wegen seiner Eintragung in die Verkehrssünderkartei vom Wahlrecht ausgeschlossen zu sein, begeht ein Wahndelikt.

Das OLG Hamm ist meines Erachtens zu Recht von einem Verbotsirrtum ausgegangen. Der zu entscheidende Fall betraf allerdings nicht das subjektive Wahlrecht, sondern allgemein die Ausübung der Wahlbefugnis. Er erfüllte die zweite Tatbestandsalternative des § 107a I. Die Angeklagte hatte vorsätzlich gehandelt. Sie kannte die zum Tatbestand gehörenden Tatumstände. Wenn sie dennoch glaubte, kein unrichtiges Wahlergebnis herbeizuführen, so irrte sie sich über die Existenz einer Ausfüllungsnorm (§ 20 II Unterabsatz 2 Landeswahlgesetz NRW). Sie befand sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 107a I ist Blankettmerkmal; es bedeutet "den das subjektive Wahlrecht betreffenden Vorschriften zuwider".

2. § 109e

Nach Meinung des Schrifttums ist das Wort "unbefugt" in § 109e allgemeines Verbrechenmerkmal.²²³⁾ Der Entwurf 1962 erwähnt in § 413 keinen unrechtsbetonenden Ausdruck. Er hält eine Hervorhebung von "unbefugt" für einen entbehrlichen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.²²⁴⁾

Rechtsgut des § 109e ist die militärische Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Sie wird geschützt, indem das vorsätzliche Zerstören, Beschädigen, Verändern, Unbrauchbarmachen oder Beseitigen von Wehrmitteln oder bestimmter Einrichtungen und Anlagen verboten wird, wenn dadurch die Sicherheit der Bundesrepublik, die Schlagkraft der Truppe oder Menschenleben gefährdet werden. Da das Rechtsgut der Allgemeinheit zusteht, kommt es nicht darauf an, wem der Gegenstand gehört. Schließt der Inhaber eines nicht beschlagnahmten Unternehmens, das bisher Wehrmittel herstellte, seinen Betrieb, so wird wegen der Sozialadäquanz des Verhaltens die Rechtswidrigkeit nicht indiziert.²²⁵⁾ Das Wort "unbefugt" ist in das Strafgesetz eingefügt worden, um diesen Fall von der Strafbarkeit auszuschließen.²²⁶⁾ Meines Erachtens ist es aber nicht die Aufgabe unrechtsbetonender Merk-

223) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 109e FN 5, S.141f; Schönke-Schröder § 109e Rdnr 17; Lackner-Maas-
sen § 109e Anm. 3, 5; wohl auch Schwarz-Dreher
§ 109e Anm. 4.

224) Begr. S. 598.

225) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 109e FN 5, S.141f.

226) Begründung zu dem Entwurf eines Vierten Strafrechtsänderungsgesetzes S. 13.

male, auf einzelne Fälle sozialadäquaten Verhaltens hinzuweisen. Die Sozialadäquanz bildet einen ungeschriebenen allgemeinen Tatbestandseinschränkungsgrund,²²⁷⁾ der auch ohne ausdrückliche gesetzliche Andeutung berücksichtigt werden muß. Dies geschieht durch Auslegung, notfalls durch teleologische Reduktion²²⁸⁾ der im Strafgesetz enthaltenen Tatbestandsmerkmale. So erfüllt bei entsprechender enger Interpretation die Schließung eines Betriebes, der früher Wehrmittel produzierte, keines der in § 109e I genannten Zeitwörter. Sozialadäquate Verhaltensweisen werden vom Wortlaut fast jeden Strafgesetzes erfaßt. Wäre es der Sinn unrechtsbetonender Begriffe, solche wertneutralen Handlungen vom Tatbestand auszuschließen, so könnten selten allgemeine Verbrechensmerkmale angenommen werden. Wo der Wortlaut zahlreiche sozialadäquate Tätigkeiten miteinbezieht und die Tatbestandsmäßigkeit deshalb allgemein nicht die Rechtswidrigkeit zu indizieren vermag, ist eine Behandlung von "unbefugt" als tatbestandseinschränkendes Merkmal angebracht. Bei § 109e trifft dies aber nicht zu.

Da die Wehrmittelsabotage grundsätzlich auch ohne den unrechtsbetonenden Ausdruck vollständig vom Gesetz beschrieben wird und er sich nach seiner Stellung in der Vorschrift auf die gesamte tatbestandsmäßige Handlung bezieht, ist er allgemeines Verbrechensmerkmal.

Wer trotz Kenntnis der zum Tatbestand gehörigen

227) Vgl. Welzel LB § 10 IV; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S.278ff; Hinderling S.30f.

228) Larenz S. 296ff.

Tatumstände fälschlich sein Tun für nicht "unbefugt" hält, befindet sich im Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 109e ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

3. § 132

Die herrschende Meinung wertet "unbefugt" in § 132 als Tatbestandsmerkmal.²²⁹⁾ Welzel, Hirsch, Kunert, Renner und Fiedler interpretieren dieses Wort hierbei als "ohne das öffentliche Amt innezuhaben" oder "ohne Inhaber des betreffenden Amtes zu sein" (aaO). Das OLG Hamm (NJW 1960, S. 1683) und von Weber²³⁰⁾ nehmen ein allgemeines Verbrechenmerkmal an. Blei ist der Ansicht,²³¹⁾ "unbefugt" sei hinsichtlich der ersten Tatbestandsalternative Tatbestandsmerkmal, hinsichtlich der zweiten allgemeines Verbrechenmerkmal. Der Entwurf 1962 gebraucht in § 467 die Formulierung "ohne dazu berechtigt zu sein". Das Fehlen der Berechtigung soll ein Tatbestandsmerkmal sein, das der Vorsatz umfassen müsse.²³²⁾

Das Wort "unbefugt" bezieht sich auf Grund seiner Stellung im Gesetz auf beide Tatbestandsalternativen. Die erste Alternative betrifft die Anmaßung von Amt und Amtshandlung. Ein Nichtamtsträger oder

229) Schönke-Schröder § 132 Rdnr 12; Kohlrausch-Lange § 132 Anm. VI; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 132 FN 2, S. 164; Lackner-Maassen § 132 Anm. 4; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 132 Anm. 3; LK § 132 Anm. VIII; Dreher MDR 1962, S. 592; von Jaschke S. 57f; Schweikert S. 116; Schwalm Ndschr. 10. Band, S. 362; Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums Ndschr. 9. Band, S. 573; Käab-Rösch Einführung Rdnr 227. Welzel LB § 14 I 2c, § 75 I 1c, JZ 1960, S. 180, Ndschr. 10. Band, S. 362f; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 298f; Kunert S. 70f; Renner S. 26; Fiedler S. 101ff, 105f.

230) Mezger-Festschrift S. 186.

231) S. 83ff.

232) Begr. S. 658.

ein sachlich nicht zuständiger Amtsträger nimmt unter der Vorspiegelung, er sei ein sachlich zuständiger Amtsträger, eine Handlung vor, deren Vornahme zum Geschäftsbereich des angemessenen öffentlichen Amtes gehört. Die zweite Alternative beschreibt die Anmaßung nur der Amtshandlung, nicht auch des Amtes. Ein Nichtamtsträger oder ein sachlich nicht zuständiger Amtsträger nimmt eine Handlung vor, deren Vornahme zum Geschäftsbereich eines öffentlichen Amtes gehört, ohne sich als sachlich zuständiger Amtsträger auszugeben.²³³⁾ Rechtsgut des § 132 ist nicht der Schutz von Privatpersonen vor Übergriffen, sondern die Autorität des Staates und seiner Behörden (BGHSt 3, 241). Täter sind Privatpersonen und sachlich nicht zuständige Amtsträger. Eine treuwidrige Ausnutzung der dem Amtsträger an sich zustehenden Amtsrechte unterliegt anderen Tatbeständen oder dienststrafrechtlicher Verfolgung. Ein Beamter, der sein Amt erschlichen hat, erfüllt den Tatbestand ebenfalls nicht.²³⁴⁾ Er ist in die Behördenorganisation eingegliedert. Solange seine Ernennung nicht für nichtig erklärt oder zurückgenommen wurde, übt er sein Amt befugt aus.

Beide Tatbestandsalternativen des § 132 beschreiben die spezifische Rechtsgutsverletzungen nicht erschöpfend. Die tägliche Amtsausübung der Amtsträger

233) Schwalm Ndschr. 10. Band, S. 362.

234) Kohlrausch-Lange § 132 Anm. V; Welzel LB § 75 I 1c; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 132 FN 3, S. 164; Lackner-Maassen § 132 Anm. 3b; Schwarz-Dreher § 132 Anm. 2 Ab; Schönke-Schröder § 132 Rdnr 11; a.A. Maurach BT § 68 II A 1.

(z.B. ordnungsgemäße Beschlagnahme durch den zuständigen Richter) indiziert bei diesem Delikt nicht die Rechtswidrigkeit. Sie ist sozialadäquat. Die Autorität des Staates oder seiner Behörden wird dabei nicht verletzt. Solches Verhalten bedarf zur Rechtmäßigkeit nicht erst eines Rechtfertigungsgrundes. Das Wort "unbefugt" kann aber nicht als Tatbestandsmerkmal verstanden werden, solange ihm kein sachlicher Inhalt beigelegt wird. Gleiches gilt für die Wendung "ohne dazu berechtigt zu sein" in § 467 des Entwurfs 1962. Dann sind diese Ausdrücke zu sachlich-gegenständlicher Beschreibung des Deliktstypus nicht geeignet. Als bloßer Hinweis auf den Widerspruch zur Rechtsordnung besitzen sie keine Unterscheidungskraft. Tatbestandsmerkmale müssen aber aus rechtsstaatlichen Gründen hinreichend bestimmt sein. Außerdem müßte wegen Tatbestandsirrtums freigesprochen werden, wenn sich jemand zur Ausübung eines öffentlichen Amtes aus Gründen für befugt bzw. berechtigt hält, die die Rechtsordnung nicht anerkennt.²³⁵⁾ Der Begriff "unbefugt" beschreibt jedoch dann den Unrechtssachverhalt sachlich-gegenständlich, wenn man ihm, wie Welzel, die Bedeutung von "ohne Inhaber des betreffenden Amtes zu sein" beimißt. Mit diesem Sinn ist er Tatbestandsmerkmal.

Bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" ist zu unterscheiden. Zum Vorsatz ist die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die mangelnde Inhaberschaft des Amtes ergibt, sowie deren dem Gesetz entsprechende Bedeutung nötig. Hat z.B. ein Bewerber zur Begrün-

235) Vgl. Gallas Ndschr. 13. Band, S. 376.

derung eines Polizeibeamtenverhältnisses eine Ernennungsurkunde erhalten, fehlen aber darin die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis", so liegt eine Ernennung nicht vor (§ 5 I 1, III 1 BRRG). Kennt der Täter an sich die gesetzliche Regelung, hat er aber nicht bemerkt, daß in seiner Ernennungsurkunde jene Worte fehlen, und nimmt er nur Polizeibeamten zustehende Amtshandlungen vor, wobei er sich als Polizeibeamter ausgibt (§ 132 1. Alt.), so ist sein Vorsatz ausgeschlossen. Meint er, bereits mit der Aufforderung zum Dienstantritt Polizeibeamter geworden zu sein, obwohl ihm die Ernennungsurkunde noch nicht ausgehändigt wurde, so erliegt er einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum), wenn er als Polizeibeamter auftritt und eine Sache beschlagnahmt (§ 132 1. Alt.).

Ergebnis: "unbefugt" in § 132 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "ohne Inhaber des betreffenden Amtes zu sein".

4. § 132a

Der Bundesgerichtshof mußte in BGHSt 14, 223 einen Irrtum über das Merkmal "unbefugt" in § 5 I a AkadG beurteilen. Seine Ausführungen können singemäß auch auf die Deutung von "unbefugt" in § 132a übertragen werden. Begründung und Ergebnis lassen vermuten, daß der Bundesgerichtshof von einem Blankettmerkmal ausgegangen ist (siehe Teil I, Kap. B). Ausfüllungsnormen seien die Vorschriften des Gesetzes über die Führung akademischer Grade vom 7.6.1939 und der auf § 8 des Gesetzes gestützten Verordnung. Nr. 1 der Verordnung verlange, daß der Beliehene eine Verleihungsurkunde oder ein Besitzzeugnis innehabe. Wenn der Täter dieses Erfordernis nicht gekannt habe, so sei er einem Verbotsirrtum erlegen.

Nach Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLGSt 1960, S. 308f, vgl. zuvor BayObLGSt 1959, S. 178, 181) muß sich der Vorsatz des Täters auf die Umstände erstrecken, aus denen sich ergibt, daß er zur Führung der Amtsbezeichnung nicht befugt ist. Nicht notwendig sei dagegen das Wissen des Täters, daß er die Amtsbezeichnung nicht führen dürfe.

Ebenso differenzieren Werner, Dreher und Maurach.²³⁶⁾ Das OLG Hamm (NJW 1960, S. 1683) sowie von Weber und Lackner²³⁷⁾ charakterisieren "unbefugt" in § 132a als allgemeines Verbrechensmerkmal. Schäfer und von Jaschke nehmen dagegen ein Tatbestandsmerkmal

236) LK § 132a Anm. V; Schwarz-Dreher § 132a Anm.4; Maurach AT § 23 I B; so wohl auch KG JR 1964, S. 68 und Kohlrausch-Lange § 132a Anm. II.

237) Von Weber, Mezger-Festschrift, S.186; Lackner-Maassen § 59 Anm.II 1b, § 132a Anm.4; so auch Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4.

an.²³⁸⁾ Welzel, Kunert, Hirsch und Renner folgen dieser Auffassung, interpretieren den unrechtsbetonenden Begriff aber enger, nämlich als "ohne daß ihm die Amtsbezeichnung und dergleichen verliehen worden ist" oder "ohne staatliche Ermächtigung".²³⁹⁾ Der Entwurf 1962 benutzt in § 302 das Wort "unbefugt". Nach seinem Sprachgebrauch wird damit ein allgemeines Verbrechensmerkmal hervorgehoben.²⁴⁰⁾

Das Wort "unbefugt" in § 132a bezieht sich auf Grund seiner Stellung im Gesetz auf sämtliche Tatbestandsalternativen. Die Vorschrift will das Vertrauen der Allgemeinheit zu den Trägern von Amts- und Dienstbezeichnungen, Titeln, Würden, Uniformen, Amtskleidungen, Amtsabzeichen sowie bestimmten Berufstrachten und Berufsabzeichen vor Mißbrauch schützen. Dieses Rechtsgut ist jedoch nicht verletzt, wenn die genannten Gegenstände ordnungsgemäß getragen werden. Es handelt sich in diesen Fällen um sozialadäquate Vorgänge, die keines Rechtfertigungsgrundes bedürfen. Führt z.B. ein Landgerichtsrat seine Amtsbezeichnung, so ist dies ein völlig wertneutrales Verhalten. Der Tatbestand ist ohne das Wort "unbefugt" unvollständig.

Der Ausdruck "unbefugt" kann nicht Tatbestandsmerkmal sein, wenn ihm kein sachlicher Inhalt beigelegt wird. Dann ist er nicht hinreichend bestimmt. Der Gegenstand seiner Beschreibung ist nicht erkennbar. Zudem wäre der Irrtum über rechtlich nicht anerkannte Rechtfertigungsgründe Tatbestandsirrtum. Diese

238) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 132a FN 2, S.165; von Jaschke S. 58f.

239) Welzel LB § 75 II, JZ 1960, S.180; Kunert S. 70f; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 298f; Renner S. 27; Goldmann S. 87.

240) Begr. S. 454, 658, 662, 664, 667.

Irrtumsbehandlung würde der Schuldtheorie widersprechen. Versteht man den unrechtsbetonenden Begriff als "ohne daß ihm die Amtsbezeichnung und dergleichen verliehen worden ist" oder "ohne staatliche Ermächtigung", so weist er zwar die für Tatbestandsmerkmale wesentliche Eigenschaft sachlich-gegenständlicher Kennzeichnung auf, erfaßt aber zahlreiche, das Rechtsgut verletzende Handlungen nicht. Dazu würden die Fälle zählen, in denen die Verleihung erloschen oder zurückgenommen wurde (z. B. § 17 I BRAO) oder die Art und Weise der Führung der Amtsbezeichnung usw. gegen einschlägige Bestimmungen verstößt (z.B. § 81 III 1 BBG, nur mit Zusatz "außer Dienst (a.D.)").

Wann die Führung von Amtsbezeichnungen usw. "unbefugt" ist, ergibt sich aus den betreffenden Vorschriften. Sie umreißen nicht lediglich deklaratorisch den Inhalt dieses Wortes, sondern begründen vielmehr konstitutiv den Tatbestand. Ohne die einschlägigen Regelungen wäre eine Bestrafung nicht zulässig. Sie sind Ausfüllungsnormen, auf die "unbefugt" verweist. § 132a ist ein Blankettstrafgesetz, "unbefugt" ein Blankettmerkmal. Der unrechtsbetonende Ausdruck nimmt konkludent und negativ auf die Ausfüllungsnormen Bezug. Er bedeutet "den betreffenden Vorschriften zuwider". Solche Bestimmungen befinden sich in zahlreichen Gesetzen des Bundes und der Länder. Die Verwendung eines Blankettmerkmals war aus Gründen gesetzestechnischer Vereinfachung zweckmäßig.

Die Irrtumsbehandlung folgt den für Blankettstrafgesetze geltenden Grundsätzen. Bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" ist demgemäß zu unter-

scheiden. Im Tatbestandsirrtum befindet sich, wer irrig zu einer Ausfüllungsnorm gehörende Tatumstände annimmt. § 59 I ist anwendbar, wenn ein Assessor fälschlich meint, ihm sei eine von der Landesjustizverwaltung über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ausgefertigte Urkunde ausgehändigt worden (§ 12 BRAO). Der Irrtum über die Existenz oder den Geltungsbereich der Ausfüllungsnorm ist Verbotsirrtum. Dies gilt z.B., wenn ein Assessor glaubt, sich sofort nach Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens als Rechtsanwalt bezeichnen zu dürfen. In einem Verbotsirrtum befindet sich ebenfalls, wer als Ruhestandsbeamter meint, seine frühere Amtsbezeichnung ohne den Zusatz "außer Dienst (a.D.)" führen zu dürfen (§ 81 III 1 BBG). Der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 14, 223 zutreffend einen Verbotsirrtum bejaht. Der Angeklagte hatte sich über die Existenz einer Ausfüllungsnorm (Nr. 1 der Verordnung) geirrt.

Ergebnis: "unbefugt" in § 132a ist Blankettmerkmal;
es bedeutet "den betreffenden Vorschriften zuwider".

5. § 136

Der Bundesgerichtshof gestand in LM Nr. 5 zu § 113 StGB dem Täter, der sich bei einem Siegelbruch auf ein nicht von der Rechtsordnung anerkanntes Widerstandsrecht berief, nur einen Verbotsirrtum zu. Das Kammergericht fordert zwar ausdrücklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, behandelt die Verbotsunkenntnis aber nach den Grundsätzen der Schuldtheorie (JR 1955, S. 474). Ein Teil der Lehre deutet "unbefugt" in § 136 als allgemeines Verbrechenmerkmal,²⁴¹⁾ ein anderer als Tatbestandsmerkmal.²⁴²⁾ Der Entwurf 1962 verwendet in § 427 II kein unrechtsbetonendes Wort.

Rechtsgut des § 136 ist die im Siegel verkörperte Autorität des Staates.²⁴³⁾ Der Siegelbruch wird vom Gesetz ohne das Merkmal "unbefugt" nicht erschöpfend beschrieben. Andernfalls würden die z.B. von den Gerichtsvollziehern täglich im Rahmen ihrer einschlägigen Vorschriften vorgenommenen Entsiegelungen (etwa nach Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner oder Freigabe des gepfändeten Gegenstandes durch den Gläubiger) unter den Tatbestand fallen. Sie sind

241) Maurach BT § 72 II C 2; Welzel LB § 14 I 2c, § 75 IV 2; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; Renner S.29; Fiedler S. 103; so wohl auch Mezger-Blei BT § 86 IV 2, LK § 136 Anm. V und Kohlrausch-Lange § 136 Anm. VI.

242) Schönke-Schröder § 136 Rdnr 8; Schwarz-Dreher § 136 Anm. 3; Lackner-Maassen § 136 Anm. 4; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 136 FN 4, S. 168f; von Jaschke S. 59; Goldmann S.89.

243) Welzel LB § 75 IV 2.

jedoch sozialadäquat. Die staatliche Autorität wird nicht verletzt. Der Begriff "unbefugt" ist normatives Tatbestandsmerkmal. Er bedeutet "ohne daß er zur Entsiegelung oder Aufhebung des amtlichen Verschlusses besonders ermächtigt ist". Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe werden durch dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfaßt. Sie beseitigen erst die Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Siegelbruchs, wenn er ausnahmsweise gestattet ist.

Bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" ist zu unterscheiden. § 59 I ist anzuwenden, wenn der Gerichtsvollzieher der irrigen Meinung ist, der Gläubiger habe den gepfändeten Gegenstand freigegeben. Gleiches gilt, wenn der Schuldner fälschlich glaubt, der Gerichtsvollzieher habe ihn zur Entfernung des Pfandzeichens ermächtigt, weil der Gläubiger den Gegenstand freigegeben habe (§ 171 Nr. 1 GVGA). Hält sich der Schuldner zur Entsiegelung berechtigt, ohne daß dies zutrifft (z.B. bei bloßer Befriedigung des Gläubigers), so legt er das gesetzliche Tatbestandsmerkmal "unbefugt" unrichtig aus. Er befindet sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).

Ergebnis: "unbefugt" in § 136 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "ohne daß er zur Entsiegelung oder Aufhebung des amtlichen Verschlusses besonders ermächtigt ist".

6. § 168

Die Mehrheit der Autoren, die sich zur Rechtsnatur des Wortes "unbefugt" in § 168 äußert, nimmt ein allgemeines Verbrechensmerkmal an.²⁴⁴⁾ Für Jagusch handelt es sich dagegen um ein Tatbestandsmerkmal.

²⁴⁵⁾ Der Vorsatz müsse das Bewußtsein umfassen, zum Handeln nicht befugt zu sein. Nach Dreher²⁴⁶⁾ ist der Irrtum über Umstände, aus denen sich die Befugnis ergibt, Tatbestandsirrtum. Bei lediglich rechtlich falscher Wertung des Sachverhalts liege ein Verbotsirrtum vor. Der Entwurf 1962 gebraucht in § 191 I Nr. 1 kein unrechtsbetonendes Merkmal. Er enthält stattdessen die Wendung "ohne Einwilligung des Berechtigten".

Das Wort "unbefugt" in § 168 bezieht sich nur auf die erste Tatbestandsalternative. Das Gesetz benutzt bei jeder Alternative nochmals den Ausdruck "wer", fügt aber nur bei der ersten "unbefugt" hinzu. Rechtsgut der Vorschrift ist das Pietätsempfinden, das der sterblichen Hülle und den Überresten eines Verstorbenen entgegengebracht wird. Leiche, Leichenteile oder die Asche eines Verstorbenen müssen herrenlos sein. Stehen sie im Eigentum einer Person, so kommt § 242 in Betracht. Bei Einwilligung

244) Welzel LB § 14 I 2c, § 65 V 1, Lackner-Maassen § 168 Anm. 5; Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296f; Fiedler S. 103; von Jaschke S. 59f; Renner S. 5.

245) LK § 168 Anm. 1c, 2c.

246) Schwarz-Dreher § 168 Anm. 3C; die Verweisung ist unrichtig. Nicht Anm. 4 zu § 132, sondern Anm. 4 zu § 132a ist gemeint.

des Berechtigten liegt keine Wegnahme aus seinem Gewahrsam vor. Die Einwilligung hat tatbestandsausschließende Wirkung. Die spezifische Rechtsverletzung wird vom Gesetz erschöpfend umschrieben, ohne daß es des Begriffs "unbefugt" bedarf. Da sich dieser nach seiner Stellung im Gesetz auf die gesamte tatbestandsmäßige Handlung bezieht, ist er allgemeines Verbrechensmerkmal. Er weist auf häufig vorkommende und speziell geregelte Rechtfertigungsgründe hin (z.B. § 87 StPO, Friedhofsordnung).

Wer trotz Kenntnis der Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam des Berechtigten sein Tun irrig für nicht "unbefugt" hält, befindet sich im Verbotsirrtum. Beruht dieser Irrtum auf der fälschlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so ist nach der eingeschränkten Schuldtheorie § 59 I anzuwenden.

Ergebnis: "unbefugt" in § 168 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

7. § 290

Die überwiegende Meinung im Schrifttum wertet "unbefugt" in § 290 als allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁴⁷⁾ Nach Blei und Renner ist es ein Tatbestandsmerkmal.²⁴⁸⁾ Es soll "ohne vertraglich hierzu berechtigt zu sein" bedeuten. Dreher²⁴⁹⁾ unterscheidet zwischen dem Irrtum über die die Befugnis begründenden Umstände (Tatbestandsirrtum) und lediglich rechtlich falscher Beurteilung (Verbotsirrtum).

Rechtsgut des § 290 ist das Eigentum. Es wird vor der Anmaßung von Gebrauchsvorteilen durch öffentliche Pfandleiher geschützt. Es liegt ein Fall des *furtum usus* vor. Der Pfandgläubiger ist zum Gebrauch berechtigt, wenn ihm ein Nutzungspfandrecht (§ 1213 BGB) eingeräumt wurde. Das Recht zum Gebrauch ergibt sich aus dem Vertrag zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger. Die Ausübung der Vertragsfreiheit (Art. 2 I GG) ist ein sozialadäquater Vorgang. Das darauf beruhende Nutzungspfandrecht schließt deshalb bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus. Es bedarf des Merkmals "unbefugt", um für diesen Fall den Tatbestand zu verneinen. Dies haben Blei und Renner zutreffend erkannt. Statt von "ohne vertraglich hierzu berechtigt zu sein" kann man jedoch auch - der Sprache der Strafrechtswissenschaft geläufiger - von "ohne Einwilligung des Berechtigten

247) Welzel LB § 14 I 2c; von Jaschke S. 60; Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; Fiedler S. 103.

248) Blei S. 178f, Renner S. 124.

249) Schwarz-Dreher § 290 Anm. 2.

(des Verpfänders)" reden. Die Einwilligung hat wegen ihrer Sozialadäquanz und der Verwandtschaft des § 290 zu anderen Beispielen der Gebrauchsanmaßung (§§ 248b, 370 I Nr. 6) tatbestandsausschließende Wirkung. Erst wenn "unbefugt" als "ohne Einwilligung des Verpfänders" ausgelegt wird, ist die Beschreibung des Deliktstypus durch das Gesetz vollständig. Der unrechtsbetonende Ausdruck ist mit jener Bedeutung Tatbestandsmerkmal.

Wer irrig die Erteilung der Einwilligung des Verpfänders annimmt, erliegt einem Tatbestandsirrtum. Wer vom Mangel der Einwilligung weiß, sein Tun aber gleichwohl nicht als "unbefugt" ansieht, befindet sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).

Ergebnis: "unbefugt" in § 290 ist mit der Bedeutung von "ohne Einwilligung des Verpfänders" Tatbestandsmerkmal.

8. § 296a

Das Wort "unbefugt" in § 296a wird von der herrschenden Meinung als allgemeines Verbrechensmerkmal gedeutet.²⁵⁰⁾ Dreher nimmt dagegen ein Tatbestandsmerkmal an.²⁵¹⁾ Der Entwurf 1962 gebraucht in § 285 I ebenfalls den Ausdruck "unbefugt". Er stelle einen gesetzlichen Hinweis auf denkbare Rechtfertigungsgründe dar, die sich insbesondere aus behördlicher Erlaubnis oder aus internationalen Verträgen ergeben könnten. Vorsätzliches Handeln setze daher nicht voraus, daß der Ausländer seine fehlende Berechtigung zum Fischen kenne. Fische er in deutschen Hoheitsgewässern in Unkenntnis des Verbots oder glaube er aus Gründen, die die deutsche Rechtsordnung nicht anerkenne, dort zum Fischen berechtigt zu sein, so handele er im Verbotsirrtum.²⁵²⁾

Rechtsgut des § 296a ist der der einheimischen Fischerei zugängliche Fischreichtum der deutschen Küstengewässer. Er wird vor vorsätzlicher Ausbeutung durch Ausländer geschützt. Die spezifische Rechtsverletzung wird auch ohne das Merkmal "unbefugt" erschöpfend beschrieben. Da sich der unrechtsbetonende Begriff nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist er

250) OLG Hamm NJW 1960, S.1683; LK § 296a Anm.3, 4; Welzel LB § 14 I 2c; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S.296; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 186; von Jaschke S. 60; Fiedler S.103; wohl auch Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 296a FN 3, S.367.

251) Schwarz-Dreher § 296a Anm. 2.

252) Begr. S. 454.

allgemeines Verbrechensmerkmal. Er weist auf häufig vorkommende Rechtfertigungsgründe hin, vor allem auf behördliche Erlaubnis oder in völkerrechtlichen Verträgen enthaltene Gestattungen. Die vom Staat durch behördliche Erlaubnis oder völkerrechtliche Vereinbarung erteilte Einwilligung hat nur rechtfertigende Wirkung, da das Rechtsgut verletzt wird. Der Fischreichtum wird vermindert. Der Rechtsgutsinhaber verzichtet lediglich auf seinen Rechtsschutz.

Ein Tatbestandsirrtum ist gegeben, wenn der Ausländer nicht weiß (z.B. infolge Nebels), daß er sich in deutschen Küstengewässern aufhält. Der Irrtum über die Unbefugtheit des Fischens trotz Kenntnis der zum Tatbestand gehörenden Tatumstände ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der irrigen Annahme, es liege eine behördliche Erlaubnis oder ein gestattender internationaler Vertrag vor, so wenden die Anhänger der eingeschränkten Schuldtheorie § 59 I an.

Ergebnis: "unbefugt" in § 296a ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

9. §§ 298, 353a II

a) § 298

Die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz erklärt, die Hervorhebung des Wortes "unbefugt" in § 298 I, II entspreche der Regelung in den §§ 299, 300.²⁵³⁾ Unbefugt sei jede Handlung, die nicht durch eine besondere Erlaubnis oder durch ein besonderes Recht zu einem derartigen Eingriff gedeckt werde. Der Regierungsentwurf dürfte in dem unrechtsbetonenden Begriff ein allgemeines Verbrechensmerkmal sehen. Dreher vertritt dieselbe Auffassung.²⁵⁴⁾ Der Irrtum über die Befugnis sei kein Tatbestandsirrtum. Der Entwurf 1962 erwähnt in seinem § 183 statt des Ausdrucks "unbefugt" die Wendung "ohne dessen Einwilligung". Er will damit ein Tatbestandsmerkmal bezeichnen.²⁵⁵⁾

§ 298 I, II schützt den persönlichen Lebens- und Geheimbereich. Rechtsgut ist die Vertraulichkeit des Wortes. Sie besteht in der Freiheit der Entscheidung über die Wahrnehmbarkeit nicht öffentlich gesprochener Worte. Bestehen und Umfang des Verbrechensobjekts hängen somit vom Willen der sprechenden Person ab. Ist der Sprecher mit den in § 298I, II genannten Taten einverstanden, so wird das Rechtsgut nicht verletzt. Der Tatbestand verlangt ein Handeln wider den Willen des Berechtigten. Seine Einwilligung hat

253) S. 14.

254) Schwarz-Dreher § 298 Anm. 4, 6.

255) S. 327.

tatbestandsausschließende Wirkung.²⁵⁶⁾ § 298 I, II erwähnt das negativ gefaßte Tatbestandsmerkmal der fehlenden Einwilligung nicht ausdrücklich. Da ohne das Wort "unbefugt" die gesetzliche Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung nicht erschöpfend wäre, kommt ihm die Bedeutung von "ohne dessen Einwilligung" zu. Mit diesem Inhalt ist es Tatbestandsmerkmal.

Wer irrig glaubt, der Sprecher habe in die Aufnahme auf einen Tonträger oder das Abhören mit einem Abhörgerät eingewilligt, erliegt einem Tatbestandsirrtum. Wer den Mangel der Einwilligung kennt, fälschlich aber eine Einwilligung für entbehrlich hält und keine rechtfertigenden Umstände annimmt, befindet sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 298 I, II ist mit der Bedeutung von "ohne dessen Einwilligung" Tatbestandsmerkmal.

256) Ebenso E 1962, Begr. S. 327, und Schwalm, Ndschr. 9. Band, S. 153; a.A. Schwarz-Dreher § 298 Anm. 4 (Rechtfertigungsgrund); unentschieden in der Begründung zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz, S. 14.

b) § 353d II

Dreher ist der Ansicht, "unbefugt" in § 353d II sei allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁵⁷⁾

Rechtsgüter des § 353d II sind die Vertraulichkeit des Wortes und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Beamten. Das Strafgesetz beschreibt ein echtes Amtsdelikt. Die Offenbarung kann durch die bloße mündliche Wiedergabe des Inhalts eines aufgenommenen oder abgehörten Wortes geschehen. Unerheblich ist, ob der Beamte selbst oder ein anderer zulässigerweise Aufnahmen hergestellt oder sonst Worte mit einem Abhörgerät abgehört hat.²⁵⁸⁾

Die Worte "befugter oder unbefugter" beziehen sich auf das einzelne Merkmal der Amtsausübung. Sie sind für die Beschreibung des spezifischen Unrechtsgehalts nicht notwendig. Jede Amtsausübung, die zur Aufnahme nichtöffentlich gesprochenen Worte auf einen Tonträger oder zum Abhören mit einem Abhörgerät führt, ist Bestandteil des Tatbestandes. Eine weitere Art der Amtsausübung außer der befugten und unbefugten gibt es nicht. Die Formulierung "befugter oder unbefugter Amtsausübung" dient lediglich der Klarstellung. Der Gesetzgeber will andeuten, daß im Gegensatz zu §§ 298, 353d I auch befugt aufgenommene oder abgehörte Worte erfaßt werden.²⁵⁹⁾ Da erst recht ein Bedürfnis zum Schutz der Privatsphäre gegen die Offenbarung unbe-

257) Schwarz-Dreher § 353d Anm. 5, 7.

258) Begründung zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz, S. 15.

259) aaO, S. 15.

fugt aufgenommener oder abgehörter Worte besteht, wurde auch dieser Fall ausdrücklich hervorgehoben. Die Wendung "befugter oder unbefugter" ist kein Tatbestandsmerkmal. Da sie sich nur auf ein einzelnes Merkmal bezieht, ist sie auch kein allgemeines Verbrechensmerkmal. Ihre Erwähnung ist dogmatisch nicht notwendig. Im Interesse der Rechtsklarheit ist sie jedoch zweckmäßig.

Die betroffene Privatperson kann über das Verbrechensojekt nicht verfügen, da auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Beamten geschützt wird. Die Einwilligung des Sprechers berührt die Strafbarkeit hier nicht. Die spezifische Rechtsgutsverletzung wird deshalb ohne das Wort "unbefugt" erschöpfend beschrieben. Die Wendung bewertet das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten. Sie ist allgemeines Verbrechensmerkmal und weist auf Rechtfertigungsgründe hin (z.B. § 1 II des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz).

Ein Irrtum über die Art der Amtsausübung (befugt oder unbefugt) läßt den Vorsatz unberührt. Die Falschvorstellung begründet einen Verbotsirrtum, wenn sie zu einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit der gesamten Tat führt. Glaubt der Beamte trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand gehörender Tatumstände unrichtig, er handele nicht unbefugt, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum. Beruht der Irrtum auf der unzutreffenden Annahme unrechtsausschließender Umstände, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden.

Ergebnis: Die Worte "befugter oder unbefugter" (Amtsausübung) in § 353d II sind weder Tatbestandsmerkmale noch allgemeine Verbrechenmerkmale; ihre Hervorhebung ist dogmatisch nicht notwendig. "Unbefugt" in § 353d II ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

10. § 300 I, II 2

Der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 4, 356 bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" in § 300 I einen Tatbestandsirrtum angenommen. Ein Arzt hatte einem Kollegen Auskunft erteilt, weil er ihn wegen der streng sachlich gehaltenen Anfrage fälschlich für einen behandelnden Arzt hielt. Zur Rechtsnatur des unrechtsbetonenden Begriffs äußert sich das Gericht nicht. Das OLG Köln, Schröder und Dreher glauben, wohl mit Recht, der Bundesgerichtshof sei von einem Irrtum über eine rechtfertigende Situation ausgegangen und habe deshalb § 59 I angewendet.²⁶⁰⁾

Das OLG Köln beschäftigte sich in NJW 1962, S.686 ausführlich mit dem Inhalt von "unbefugt" in § 300 I. Nur die Preisgabe von Geheimnissen ohne Einwilligung des Betroffenen, die dem Täter bewußt sein müsse, kennzeichne den sonst indifferenten Tatbestand. Das Merkmal "unbefugt" sei also gleichbedeutend und wäre besser ersetzt durch die Worte "ohne Einwilligung des Betroffenen". Das geltende Recht erwecke den Anschein, als ob mit dem Merkmal "unbefugt" auch auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung hingewiesen werden sollte, die hier häufig außerhalb des Bereichs des eigentlichen Strafrechts zu finden sein könne. Auch wenn aber "unbefugt" diesen doppelten Sinn haben sollte, - also sowohl zur Kennzeichnung des sogenannten Leitbildtatbestandes abkürzend für die Worte "ohne Einwilligung des Betroffenen" stehe, als auch,

260) OLG Köln NJW 1962, S. 688; Schönke-Schröder § 300 Rdnr 25; Schwarz-Dreher § 300 Anm. 5.

wenngleich überflüssigerweise, auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung hinweise, könne für die praktische Rechtsanwendung das Merkmal nur in seinem tatbestandsabgrenzenden Sinngehalt von Bedeutung sein. Das Handeln ohne Einwilligung des Betroffenen sei Gegenstand des Vorsatzes, die irrige Annahme der Zustimmung schließe den Vorsatz aus, sei also weder Verbotsirrtum noch einem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gleichzusetzen.

Das OLG Hamm (NJW 1960, S. 1683) und die herrschende Meinung im Schrifttum sind der Auffassung, "unbefugt" in § 300 I sei allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁶¹⁾ Schröder verlangt Kenntnis des Täters von der mangelnden Offenbarungsbefugnis.²⁶²⁾ § 185 des Entwurfs 1962 verwendet keinen unrechtsbetonenden Ausdruck. Er enthält die Formulierung "ohne Einwilligung des Betroffenen", die Tatbestandsmerkmal sein soll.²⁶³⁾

§ 300 schützt den persönlichen Geheimbereich gegen Verletzung durch Inhaber bestimmter Vertrauensstel-

261) Lackner-Maassen § 300 Anm. 5; Schwarz-Dreher § 300 Anm. 4 A, 5; Maurach AT § 24 I B 3a, BT § 22 II 3, 4; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 300 FN 2c, S. 370; Welzel LB § 14 I 2c, § 45 II 3, 4; LK § 300 Anm. 7; Mezger-Blei AT § 65 II 4; von Jaschke S. 60f; Kunert S. 70; Gallas ZStW 67. Band, FN 55, S. 25; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; Renner S. 119; Dreher MDR 1962, S. 592f; von Weber, Materialien, Band I, S. 279; Bockelmann Ndschr. 9. Band, S. 231; Netzler S. 41 (zu § 22 AO).

262) Schönke-Schröder § 300 Rdnr 25.

263) Begr. S. 327f, 334.

lungen. Während § 299 schon die Gefährdung eines Geheimnisses mit Strafe bedroht, verlangt § 300 den Verrat des Berufsgeheimnisses. Die Offenbarung mit Einwilligung des Geheimnisgeschützten ist wertneutral. Zum Tatbestand gehört ein Handeln wider den Geheimhaltungswillen des Berechtigten. Dessen Einwilligung hat tatbestandsausschließenden, nicht erst rechtfertigenden Charakter.²⁶⁴⁾ Der Geheimnisbegriff setzt neben relativer Unbekanntheit der Tatsache und einem Geheimhaltungsinteresse den Geheimhaltungswillen des Betroffenen voraus.²⁶⁵⁾ Fehlt dieser Geheimhaltungswille, so ist das Tatbestandsmerkmal des Geheimnisses nicht erfüllt. In diesem Fall wird das geschützte Rechtsgut gar nicht beeinträchtigt, nicht verzichtet der Betroffene nur auf den Rechtsschutz. Legt man den Ausdruck "Geheimnis" in diesem Sinne aus, so ist der Tatbestand auch ohne "unbefugt" vollständig im Gesetz enthalten. Der unrechtsbetonende Begriff ist deshalb kein Tatbestandsmerkmal. Da er sich nach seiner Stellung im Gesetz auf die gesamte tatbestandsmäßige Handlung bezieht, ist er vielmehr allgemeines Verbrechenmerkmal. Angesichts zahlreicher, außerhalb des Strafrechts geregelter Rechtfertigungsgründe (z.B. §§ 3ff

264) Für tatbestandsausschließende Wirkung: OLG Köln NJW 1962, S. 687; Bindokat NJW 1962, S. 687; von Jaschke S. 61; Schwalm Ndschr. 9. Band, S. 153f, 228; Welzel LB § 45 II 1a, 2, Ndschr. 9. Band, S. 223; Lackner 13. Band, S. 361; Lange 13. Band, S. 363; E 1962, Begr. S. 327f, 334.

Für rechtfertigende Wirkung: Schwarz-Dreher § 300 Anm. 4A, Dreher MDR 1962, S. 592.

265) Welzel LB § 45 II 1a.

BSeuchG, §§ 11 II, 12 GeschlKrG) ist ein entsprechender Hinweis für den Richter und die betreffenden Berufskreise zweckmäßig.

Glaubt der Täter unrichtig, der Berechtigte habe in die Offenbarung eingewilligt, so liegt ein Tatbestandsirrtum vor. Er irrt über den Tatumsstand "Geheimnis". Kennt der Täter den Mangel der Einwilligung und die übrigen zum Tatbestand gehörenden Tatumsstände, hält er aber sein Tun gleichwohl für nicht "unbefugt", so befindet er sich in einem Verbotsirrtum. Beruht der Irrtum über die Unbefugtheit der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung auf der fälschlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so ist nach der eingeschränkten Schuldtheorie § 59 I anzuwenden. Meint der Täter irrig, die Zustimmung des Berechtigten sei erteilt worden, so ist eine "Anstiftung" nicht strafbar. Es kann nur zu vorsätzlichen Handlungen angestiftet werden (BGHSt 9, 370). Mittelbare Täterschaft scheidet wegen Fehlens der besonderen Täterqualifikation meistens aus (vgl. OLG Köln NJW 1962, S.686, 688).

Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Deutung von "unbefugt" in § 300 II 2.

Ergebnis: "unbefugt" in § 300 I, II 2 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

11. § 353b

Das Merkmal "unbefugt" in § 353b wird vom Schrifttum als allgemeines Verbrechensmerkmal charakterisiert.²⁶⁶⁾ Der Entwurf 1962 verwendet in § 471 keinen unrechtsbetonenden Begriff. Das Fehlen einer im Rahmen der Befugnisse sich haltenden Genehmigung des Dienstvorgesetzten soll Tatbestandsmerkmal sein.²⁶⁷⁾

Rechtsgüter des § 353b sind das Amtsgeheimnis und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Beamten. Das Amtsgeheimnis wird vor Preisgabe geschützt, wenn dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet werden. Auch das Tatbestandsmerkmal des Amtsgeheimnisses setzt unter anderem einen Geheimhaltungswillen voraus.²⁶⁸⁾ Dieser wird durch die zuständigen Staatsorgane im Rahmen der Gesetze und Dienstvorschriften ausgeübt. Genehmigt daher der Dienstvorgesetzte ordnungsmäßig die Offenbarung, so liegt ein "Geheimnis" nicht vor. Mitteilungen im dienstlichen Verkehr sind sozialadäquat. Bei entsprechender einschränkender Auslegung des Merkmals "offenbart" erfüllen sie nicht den Tatbe-

266) Maurach BT § 82 V A 2; Welzel LB § 14 I 2c, § 78 D V 1; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 4, § 353b Anm. 3D, 6; Kohlrausch-Lange § 353b Anm. V; Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; Renner S. 34; Fiedler S. 103; von Jaschke S. 61; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 186.
A.A. (Tatbestandsmerkmal) Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums Ndschr. 9. Band, S. 577.

267) Begr. S. 663.

268) Lange Ndschr. 13. Band, S. 363.

stand.²⁶⁹⁾ In § 16 IV GeschlKrG, § 14 EnergG, § 9 I LebmG, § 12 II StatG, § 6 I 2 BMinG, § 14 I 2 SoldatenG, § 39 I 2 BRRG, § 61 I 2 BBG und anderen Bestimmungen sind solche Tatbestandsausschließungsgründe ausdrücklich erwähnt. Wird dies bei der Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes berücksichtigt, so bedarf es zur vollständigen Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung des Wortes "unbefugt" nicht. Es bezieht sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten und ist daher allgemeines Verbrechensmerkmal. Der Richter soll durch seine Hervorhebung auf die sorgfältige Prüfung von Rechtfertigungsgründen (z. B. übergesetzlicher Notstand) hingewiesen werden.

Nimmt der Täter irrig an, der Dienstvorgesetzte habe die Offenbarung genehmigt, so ist der Vorsatz wegen Irrtums über das Tatbestandsmerkmal "Geheimnis" ausgeschlossen. § 59 I ist ebenfalls anwendbar, wenn der Beamte fälschlich glaubt, er telefoniere mit seinem Dienstvorgesetzten, die Mitteilung erfolge also im Rahmen des dienstlichen Verkehrs. Dieser Irrtum betrifft den Tatumstand der Offenbarung. Kennt der Täter sämtliche zum Tatbestand gehörigen Tatumstände, hält er sein Tun aber dennoch fehlerhaft nicht für "unbefugt", so erliegt er einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 353b ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

269) Vgl. hierzu die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission Ndschr. 13. Band, S. 358ff, und E 1962, Begr. S. 662.

12. § 353c I, II

Nach Ansicht des Schrifttums ist "unbefugt" in § 353c allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁷⁰⁾

§ 353c dient dem Schutz staatlicher Geheimnisse. Absatz I verbietet die Preisgabe gewisser formell sekretierter Gegenstände, Absatz II den Bruch bestimmter förmlicher Geheimhaltungsverpflichtungen, wenn dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet werden. Absatz I kann von jedermann verwirklicht werden. Absatz II ist ein Sonderdelikt; den Täter muß eine besondere Pflicht zur Geheimhaltung treffen. Das Merkmal "unbefugt" in § 353c I, II wird zur erschöpfenden Kennzeichnung der spezifischen Rechtsgutsverletzung nicht benötigt. Da es sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist es allgemeines Verbrechensmerkmal. Es soll lediglich auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung (z.B. durch übergesetzlichen Notstand) aufmerksam machen.

Der Irrtum über den Begriff "unbefugt" trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand gehörender Tatumstände ist Verbotsirrtum. Beruht er auf der unrichtigen Annahme rechtfertigender Umstände, so kann der Täter nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden.

Ergebnis: "unbefugt" in § 353c I, II ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

270) Schwarz-Dreher § 353c Anm. 4; Welzel LB § 14 I 2c, § 78 D V 2; Kunert S.70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S.296; Renner S. 34; Fiedler S.103; von Jaschke S.61; von Weber, Mezger-Festschrift, S.186.

13. § 360 I Nr. 7

Die zweite Alternative des § 360 I Nr. 7 bedroht die Flaggenanmaßung mit Strafe. Diese Vorschrift soll vor Mißbrauch von Dienstflaggen des Bundes oder eines Landes schützen. Ohne das Wort "unbefugt" werden nur wertneutrale Verhaltensweisen beschrieben. Der Gebrauch von Dienstflaggen durch Personen, denen die Erlaubnis hierzu verliehen wurde, indiziert nicht die Rechtswidrigkeit. Der unrechtsbetonende Ausdruck ist deshalb mit der Bedeutung von "ohne Erlaubnis" Tatbestandsmerkmal. Ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Art und Weise der Flaggenführung fällt nicht unter den Tatbestand. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit der ersten Alternative des § 360 I Nr. 7, der auch nur ein Handeln ohne ausdrückliche Ermächtigung ahndet, und mit § 15 II sowie § 16 II Nr. 1 des Flaggenrechtsgesetzes. Die letztere Strafbestimmung regelt die Verletzung von Vorschriften über die Art und Weise der Flaggenführung selbständig.

Glaubt der Täter fälschlich, ihm sei eine Erlaubnis erteilt worden, so erliegt er einem Tatbestandsirrtum. Hält er eine Erlaubnis nicht für erforderlich, so befindet er sich in einem Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum). Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal "unbefugt" wird unrichtig ausgelegt.

Ergebnis: "unbefugt" in § 360 I Nr. 7 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "ohne Erlaubnis".

14. § 368 Nr. 9

Das Merkmal "unbefugt" in § 368 Nr. 9 wird von einigen Autoren als allgemeines Verbrechensmerkmal,²⁷¹⁾ von anderen als Tatbestandsmerkmal²⁷²⁾ gedeutet. Nach Dreher²⁷³⁾ ist Tatbestandsirrtum gegeben, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die ihm eine Befugnis verleihen würden; sonst sei ein Verbotsirrtum zu bejahen.

§ 368 Nr. 9 bedroht ein dem Hausfriedensbruch ähnliches Delikt, den Feldfriedensbruch,²⁷⁴⁾ mit Strafe. Als geschütztes Rechtsgut kann entsprechend dem Hausrecht das Feldrecht bezeichnet werden. Es setzt sich ebenfalls aus Elementen des Besitzschutzes und des Schutzes der persönlichen Freiheit zusammen. Es besteht in der Freiheit der Entscheidung darüber, wer zu den genannten Orten Zutritt haben soll. Zur spezifischen Rechtsgutsverletzung gehört deshalb ein Handeln wider den Willen des Feldrechtsinhabers. Dessen Einwilligung schließt bereits den Tatbestand aus. Ohne das Wort "unbefugt" wäre die Beschreibung des Deliktstypus unvollständig. Das Betreten eines Gartens durch den Berechtigten selbst oder mit dessen Einverständnis indiziert nicht die Rechtswidrigkeit. Der Ausdruck "unbefugt" hat die Aufgabe,

271) Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296.

272) LK § 368 Anm. IX 4; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 368 FN 13, S. 448; von Jaschke S. 61.

273) Schwarz-Dreher § 368 Anm. 9A; so wohl auch Lackner-Maassen § 368 Anm. 9.

274) Frank § 368 Anm. IX; Schönke-Schröder § 368 Rdnr 38.

das fehlende Tatbestandsteil, nämlich "ohne Einwilligung des Berechtigten", zu umreißen. Mit diesem Inhalt ist er Tatbestandsmerkmal.

Glaubt der Täter unrichtig, der Berechtigte sei mit dem Betreten des Gartens usw. einverstanden, so ist der Vorsatz infolge Tatbestandsirrtums ausgeschlossen. Meint der Täter, eine Einwilligung des Berechtigten sei gar nicht erforderlich, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 368 Nr. 9 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "ohne Einwilligung des Berechtigten".

15. § 368 Nr. 10

Das Wort "unbefugt" in § 368 Nr. 10 beurteilen Kunert, Hirsch und von Jaschke als allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁷⁵⁾ Nach Dreher liegt ein Tatbestandsirrtum vor, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die ihm eine Befugnis verleihen würden; sonst sei Verbotsirrtum gegeben.²⁷⁶⁾

§ 368 Nr.10 schützt das Jagdgebiet. Der Jagdpächter erfüllt den Tatbestand nicht, da es in diesem Fall am Tatbestandsmerkmal "fremd" fehlt. Dieser Begriff bezieht sich nicht auf das Eigentum am Jagdgebiet, sondern auf die dauernde Berechtigung zum Jagen in diesem Gebiet (ähnlich von Jaschke, aaO). Der Deliktstypus wird auch ohne "unbefugt" vollständig vom Gesetz beschrieben. Der unrechtsbetonende Ausdruck wertet das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten. Er ist allgemeines Verbrechensmerkmal. Es handelt sich um einen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe (z.B. Einwilligung, § 228 BGB, §§ 917ff BGB, § 127 StPO).

Wer vorsätzlich zur Jagd ausgerüstet ein fremdes Jagdgebiet außerhalb der zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Wege betritt, sein Tun aber fälschlich nicht als "unbefugt" ansieht, befindet sich im Verbotsirrtum. Beruht die Verbotsunkenntnis auf der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände, so wenden die Anhänger der eingeschränkten Schuldtheorie § 59 I an.

Ergebnis: "unbefugt" in § 368 Nr.10 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

275) Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; von Jaschke S. 61.

276) Schwarz-Dreher § 368 Anm. 10; so wohl auch Lackner-Maassen § 368 Anm. 9.

16. § 368 Nr. 10a

Kunert, Hirsch und von Jaschke charakterisieren "unbefugt" in § 368 Nr. 10a als allgemeines Verbrechensmerkmal.²⁷⁷⁾

§ 368 Nr. 10a schützt Fischgewässer. Das Wort "fremd" bezieht sich nicht auf das Eigentum am Fischgewässer, sondern auf die dauernde Berechtigung zum Fischen. Das Strafgesetz umschreibt den Unrechtssachverhalt vollständig, ohne daß es des Ausdrucks "unbefugt" hierzu bedarf. Dieser stellt vielmehr eine Bewertung der gesamten tatbestandsmäßigen Handlung dar und ist allgemeines Verbrechensmerkmal. Er soll den Richter auf die Prüfung von Rechtfertigungsgründen (z.B. Einwilligung) aufmerksam machen.

Wer sich vorsätzlich mit gebrauchsfertigem Fischereigerät auf fremden Fischgewässern aufhält, sein Verhalten aber unrichtig nicht für "unbefugt" hält, befindet sich im Verbotsirrtum. Beruht die Verbotsunkenntnis auf der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden.

Ergebnis: "unbefugt" in § 368 Nr. 10a ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

277) Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; von Jaschke S. 61.

17. § 370 I Nr. 1

Das Bayerische Oberste Landesgericht betrachtet "unbefugt" in § 370 I Nr. 1 als allgemeines Verbrechensmerkmal (BayObLGSt 1960, S. 22, 26f). Nach Dreher und Jagusch ist Tatbestandsirrtum gegeben, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die ihm eine Befugnis verleihen würden; sonst liege Verbotssirrtum vor.²⁷⁸⁾ Schäfer sieht in "unbefugt" ein Tatbestandsmerkmal.²⁷⁹⁾ Von Jaschke wertet den unrechtsbetonenden Begriff als allgemeines Verbrechensmerkmal; nur hinsichtlich der Privatwege sei er Tatumstand und diene der Begrenzung auf fremde Wege.²⁸⁰⁾

Die Bestimmung des § 370 I Nr. 1 war erforderlich, weil Diebstahl nur an beweglichen Sachen möglich ist.²⁸¹⁾ Einer Zueignungsabsicht bedarf es hier jedoch nicht. Die spezifische Rechtsgutsverletzung wird vom Gesetz hinsichtlich des Verringerens von fremden Grundstücken, öffentlichen Wegen oder Grenzrainen erschöpfend beschrieben. Das Verringern eines Privatweges indiziert dagegen die Rechtswidrigkeit nicht. Das Abgraben oder Abpflügen eines Privatweges auf eigenem Grundstück ist sozialadäquat (§ 903 BGB). Es muß sich um fremde Privatwege handeln. Hierunter fallen auch Privatwege auf eigenem Grundstück, wenn sie dem Wegerecht eines anderen

278) Schwarz-Dreher § 370 Anm. 1; LK § 370 Anm. I 3.

279) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 370 FN 2, S. 450.

280) S. 61f.

281) Schönke-Schröder § 370 Rdnr. 1.

unterliegen. Das Wort "fremd" muß als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal vor "Privatweg" eingefügt werden. Wird dies berücksichtigt, so ist der Tatbestand vollständig. Da sich "unbefugt" nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, ist es allgemeines Verbrechenmerkmal.

Der Irrtum über die Unbefugtheit der vorsätzlichen tatbestandsmäßigen Handlung ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 370 I Nr. 1 ist allgemeines Verbrechenmerkmal.

18. § 370 I Nr. 2

Bei einem Irrtum über das Merkmal "unbefugt" in § 370 I Nr.2 ist nach Dreher und Jagusch zu unterscheiden.²⁸²⁾ Tatbestandsirrtum sei gegeben, wenn der Täter irrig Umstände annehme, die ihm eine Befugnis verleihen würden; sonst liege Verbotsirrtum vor. Von Jaschke deutet den unrechtsbetonenden Ausdruck als allgemeines Verbrechensmerkmal; nur hinsichtlich der Privatwege handele es sich um ein Tatbestandsmerkmal, das der Begrenzung auf fremde Wege diene.²⁸³⁾

Auch hier muß vor "Privatwegen" das Wort "fremd" als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eingefügt werden. Ist das geschehen, so ist die gesetzliche Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung vollständig. Der Begriff "unbefugt" bezieht sich auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten. Er ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

Der Irrtum über die Unbefugtheit der vorsätzlichen tatbestandsmäßigen Handlung ist Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugt" in § 370 I Nr.2 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

282) Schwarz-Dreher § 370 Anm. 2, LK § 370 Anm.II 7.

283) S. 61f.

H. Die Bedeutung des Ausdrucks "Unbefugter" in §§
94 I Nr. 2, 95, 97

"Unbefugter" in § 99 II a.F. war nach herrschender Meinung jeder, vor dem das Staatsgeheimnis geheimzuhalten ist, demgegenüber keine rechtliche Offenbarungspflicht oder -befugnis besteht.²⁸⁴⁾ Mit diesem Inhalt wurde "Unbefugter" als Tatbestandsmerkmal angesehen.²⁸⁵⁾ Welzel nahm einen Blankettbegriff an, der durch die einschlägigen staats- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften ausgefüllt werde.²⁸⁶⁾ § 383 I des Entwurfs 1962 entspricht § 99 a.F. Das Wort "Unbefugter" wird im Einklang mit der herrschenden Meinung interpretiert.²⁸⁷⁾ Nach dem Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform und Schwarz-Dreher ist "Unbefugter" in §§ 94 I Nr.2, 95, 97 n.F. Tatbestandsmerkmal.²⁸⁸⁾ Es sei nur erfüllt, wenn die Gefahr bestehe, daß der Empfänger das Staatsgeheimnis einer fremden Macht zugänglich mache.

§§ 94, 95, 97 n.F. schützen die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Ohne den Ausdruck "Unbefugter" ist der Tatbestand sinnlos und unvollständig. Der unrechtsbetonende Begriff ist jedoch kein Blankettmerkmal. Soweit einschlägige Geheimhal-

284) BayObLGSt 1954, S. 88; Schwarz-Dreher 29.Aufl. § 99 Anm. 4; LK § 99 Anm. 3c; Kohlrausch-Lange § 99 Anm. IV; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 99 FN 9, S. 123; Lange JZ 1965, S. 303.

285) Vgl. Schwarz-Dreher 29.Aufl. § 99 Anm. 4, § 100c Anm. 1B; Lange JZ 1965, S. 302f.

286) LB § 14 I 2c.

287) Begr. S. 573f.

288) Bundestagsdrucksache - 5.Wahlperiode 1965 - Nr. 2860, S.18; Schwarz-Dreher § 93 Anm.4, 5, 6.

tungsvorschriften existieren, dienen sie der beschreibenden Erläuterung des Wortes "Unbefugter". Sie begründen nicht konstitutiv die Strafbarkeit. Sie sind also nicht Ausfüllungsnormen eines Blankettstrafgesetzes. Eine Bestrafung kann auch dann erfolgen, wenn im Einzelfall eine einschlägige staats- oder verwaltungsrechtliche Vorschrift fehlt. Die Personen, denen "Unbefugter"-Eigenschaft zukommt, werden zum größten Teil nirgends oder nur von Verwaltungsverordnungen bezeichnet.²⁸⁹⁾ Welzels Ansicht hätte zur Konsequenz, daß häufig mangels Ausfüllungsnormen eine Bestrafung nicht in Betracht kommt.

"Unbefugter" ist jeder, in dessen Besitz das Staatsgeheimnis zur Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland wird. Dazu gehören jede fremde Macht, deren Mittelsmänner sowie jede andere Person, bei der die Gefahr besteht, daß sie das Staatsgeheimnis einer fremden Macht zugänglich macht. Mit dieser Bedeutung ist "Unbefugter" Tatbestandsmerkmal. In § 94 I Nr. 1 werden die Mitteilung eines Staatsgeheimnisses an eine fremde Macht oder einen ihrer Mittelsmänner gesondert erfaßt. Das Wort "sonst" in § 94 I Nr. 2 deutet darauf hin, daß "Unbefugter" hier weitere Personen meint, bei denen die Gefahr der Weitergabe des Staatsgeheimnisses an eine fremde Macht besteht.

Weiß der Täter nicht, daß der Mitteilungsempfänger eine Person ist, bei der mit der Weitergabe des Staatsgeheimnisses an eine fremde Macht zu rechnen ist, so ist § 59 I anwendbar. Ist dieser Umstand dem

289) Siehe E 1962, Begr. S. 573f.

Täter bewußt und kennt er auch die übrigen Tatbestandsmerkmale, hält er aber seine Handlungsweise fälschlich dennoch für gerechtfertigt, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "Unbefugter" in §§ 94 I 2, 95, 97 ist Tatbestandsmerkmal. Es bedeutet "jede fremde Macht, deren Mittelsmänner sowie jede andere Person, bei der die Gefahr besteht, daß sie das Staatsgeheimnis einer fremden Macht zugänglich macht". In § 94 I 2 sind "fremde Macht oder einem ihrer Mittelsmänner" ausgenommen.

I. Die Bedeutung der Ausdrücke "unbefugterweise"
und "ohne gesetzliche Befugnis"

1. § 127

Werner, Dreher, Blei und Renner werten die in § 127 enthaltenen unrechtsbetonenden Begriffe als Tatbestandsmerkmale.²⁹⁰⁾ Von Weber ist der Ansicht, das Gesetz weise durch sie lediglich auf Rechtfertigungsgründe hin.²⁹¹⁾ Von Jaschke meint, "unbefugterweise" sei hinsichtlich der ersten und zweiten Tatbestandsalternative Tatbestandsmerkmal, hinsichtlich der dritten allgemeinen Verbrechensmerkmal; "ohne gesetzliche Befugnis" sei Tatbestandsmerkmal.²⁹²⁾

Das Wort "unbefugterweise" bezieht sich nach seiner Stellung im Gesetz auf alle drei Tatbestandsalternativen. Rechtsgüter des § 127 sind die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die vor abstrakter Gefährdung geschützt werden.

a) Die Bedeutung von "unbefugterweise" hinsichtlich der beiden ersten Tatbestandsalternativen

Die Bildung oder Befehlsgewalt von militärischen oder Polizeieinheiten sowie von Jagdgesellschaften ist wertneutral. Diese Gruppen sind keine "Haufen" im Sinne des § 127. Der von Blei genannte Fall (aaO) der jährlichen Einladung des Bundespräsidenten an das Diplomatische Corps zur Treibjagd erfüllt daher nicht den Tatbestand. Die vom Gesetzgeber verbotene

290) LK § 127 Anm. II; Schwarz-Dreher § 127 Anm. 1B; Blei S. 75f; Renner S. 4, 50.

291) Mezger-Festschrift S. 186.

292) S. 55.

spezifische Rechtsgutsgefährdung wird auch ohne den Ausdruck "unbefugterweise" vollständig umschrieben. Er ist somit kein Tatbestandsmerkmal. Da er sich auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, stellt er ein allgemeines Verbrechensmerkmal dar.

Wer trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand gehö-
riger Tatumstände fälschlich glaubt, nicht "unbe-
fugterweise" zu handeln, befindet sich im Verbots-
irrtum.

- b) Die Bedeutung von "ohne gesetzliche Befugnis" und
"unbefugterweise" hinsichtlich der dritten Tatbe-
standsalternative

Der Begriff "Mannschaft" verlangt eine Vereinigung
von Menschen, die einer militärähnlichen Disziplin
und einer Organisation unterliegen.²⁹³⁾ Die Wendung
"ohne gesetzliche Befugnis" bezieht sich auf ein
einzelnes Tatbestandsmerkmal, die Mannschaft. Sie
bezeichnet deren Eigenschaft und ist deshalb (nega-
tiv gefaßtes) Tatbestandsmerkmal. Sie bedeutet "ohne
auf Gesetz beruhender Ermächtigung". Die Belieferung
der Polizei mit Waffen ist daher nicht tatbestands-
mäßig.

Der Deliktstypus wird auch ohne das Wort "unbefug-
terweise" vom Gesetz erschöpfend gekennzeichnet.
Diese unrechtsbetonende Formulierung bezieht sich
nach ihrer Stellung im Gesetz auf die gesamte tat-
bestandsmäßige Handlung. Sie ist allgemeines Verbre-
chensmerkmal.

293) Schönke-Schröder § 127 Rdnr 3; Schwarz-Dreher
§ 127 Anm. 1 B; Welzel LB § 74 IV 2.

Wer irrig annimmt, eine Mannschaft sei auf Grund gesetzlicher Ermächtigung gebildet worden, und sie mit Waffen versieht, erliegt einem Tatbestandsirrtum. Die Rechtsfolgen des Verbotsirrtums sind anwendbar, wenn der Täter trotz Kenntnis aller Tatumstände unrichtig meint, die Tat geschehe nicht "unbefugterweise".

Ergebnis: "unbefugterweise" in § 127 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

"ohne gesetzliche Befugnis" in § 127 ist Tatbestandsmerkmal; es bedeutet "ohne auf Gesetz beruhender Ermächtigung".

2. § 299

Die Rechtsnatur von "unbefugterweise" in § 299 ist umstritten. Schröder, Dreher, Lange und Jagusch behaupten, es handle sich um ein Tatbestandsmerkmal.²⁹⁴⁾ Der Täter müsse wissen, daß ihm eine Befugnis zur Eröffnung nicht zustehe. Maurach, Welzel, von Jaschke, Kunert, Hirsch und Renner nehmen dagegen ein allgemeines Verbrechenmerkmal an.²⁹⁵⁾ Der Entwurf 1962 verwendet in § 184 keinen unrechtsbetonten Ausdruck. Er gebraucht allerdings die Wendung "ohne Einwilligung des Verfügungsberechtigten", die Tatbestandsmerkmal sei.²⁹⁶⁾

Rechtsgut des § 299 ist das Briefgeheimnis. Es soll vor abstrakter Gefährdung geschützt werden. Eine Kenntnisnahme vom Inhalt des Briefes oder einer anderen verschlossenen Urkunde erfordert der Tatbestand nicht. Jedes Geheimnis setzt einen Geheimhaltungswillen voraus.²⁶⁵⁾ Bei Einwilligung des Berechtigten ist das Briefgeheimnis nicht gefährdet. Der Tatbestand des § 299 verlangt ein Handeln wider den Geheimhaltungswillen. Die Einwilligung ist hier Tatbestandsausschließungsgrund, nicht Rechtfertigungsgrund.²⁹⁷⁾ § 299 erwähnt den Begriff des Geheimnisses

294) Schönke-Schröder § 299 Rdnr 8; Schwarz-Dreher § 299 Anm. 3; Kohlrausch-Lange § 299 Anm. VI; LK § 299 Anm. 6.

295) Maurach BT § 22 II A 2, 3; Welzel LB § 45 I 3, 4; von Jaschke S. 60; Kunert S. 70; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 296; Renner S. 118.

296) Begr. S. 327f, 333.

297) E 1962, Begr. S. 327f; Schwalm Ndschr. 9. Band, S. 153f.

oder das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Einwilligung des Berechtigten nicht ausdrücklich. Da ohne das Wort "unbefugterweise" die gesetzliche Beschreibung des Deliktstypus nicht erschöpfend wäre, kommt ihm die Bedeutung von "ohne Einwilligung des Berechtigten" zu. Mit diesem Inhalt ist es Tatbestandsmerkmal.

Die irrige Meinung, der Berechtigte habe in die Eröffnung des verschlossenen Briefes eingewilligt, ist Tatbestandsirrtum. Wer eine Einwilligung gar nicht für erforderlich hält, befindet sich in einem Verbotsirrtum.

Ergebnis: "unbefugterweise" in § 299 ist mit der Bedeutung von "ohne Einwilligung des Berechtigten" Tatbestandsmerkmal.

K. Die Bedeutung der Wendung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen"

1. § 354

Über die Rechtsnatur der Wendung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" in § 354 ist man sich in der Rechtslehre nicht einig. Ein Teil des Schrifttums nimmt ein Tatbestandsmerkmal an; der Täter müsse das Bewußtsein mangelnder Befugnis haben.²⁹⁸⁾

Andere Autoren sind der Auffassung, es handele sich um einen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe.²⁹⁹⁾ Der Entwurf 1962 gebraucht in § 472 I den Ausdruck "unbefugt". Dieses Merkmal gehört nach der Begründung³⁰⁰⁾ nicht zum Tatbestand. Es werde lediglich darauf aufmerksam gemacht, daß in diesem Bereich Rechtfertigungsgründe eine besondere Rolle spielten. Der Vorsatz umfasse daher nicht das Bewußtsein, unbefugt zu handeln. Die Falschvorstellung hinsichtlich des Merkmals "unbefugt" sei deshalb in der Regel ein Verbotsirrtum.

Die Formulierung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" bezieht sich auf Grund ihrer Stellung in der Bestimmung auf sämtliche vier Tatbestandsalternativen. Rechtsgüter des § 354 sind das Postgeheimnis (Art. 10 GG) und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des

298) LK § 354 Anm. IX; Schwarz-Dreher § 354 Anm. 3C, 4; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 354 FN 3, S. 425; Blei S. 214.

299) Welzel LB § 78 D IV 1; Kohlrausch-Lange § 354 Anm. VI, VII; Schönke-Schröder § 354 Rdnr 12; von Jaschke S. 62f.

300) Begr. S. 662, 664.

Postverkehrs. Da die betroffene Privatperson über das Rechtsgut nicht verfügen kann, berührt deren etwaige Einwilligung die Strafbarkeit nicht. Ohne die unrechtsbetonende Bezeichnung wird die spezifische Rechtsgutsverletzung vom Gesetz erschöpfend beschrieben. Die Wendung bewertet das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten und ist somit allgemeines Verbrechensmerkmal.

Bei den in § 354 genannten Verhaltensweisen werden Grundrechtseingriffe vorgenommen, zu deren Rechtmäßigkeit es einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Solche im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe sind z.B. § 1 I des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz, §§ 99ff StPO, § 121 KO und § 37 der Postordnung. Mit "Gesetz" sind geschriebene Rechtsnormen gemeint. Der Gesetzgeber hielt es für zweckmäßig, den Richter und die Postbeamten daneben auch auf die Möglichkeit weiterer, ungeschriebener Rechtfertigungsgründe hinzuweisen. So kann bei einer Verletzung des Postgeheimnisses im Einzelfall eine gesetzliche Rechtsgrundlage fehlen, sie aber durch übergesetzlichen Notstand dennoch gestattet sein.³⁰¹⁾

Glaubt der Postbeamte trotz Kenntnis sämtlicher zum Tatbestand gehörender Tatumstände fälschlich, es liege ein gesetzlicher oder übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund vor, so befindet er sich in einem Verbotsirrtum. Beruht der Irrtum auf der unrichtigen Annahme unrechtsausschließender Umstände, so kann nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden.

Ergebnis: "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" in § 354 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

301) Vgl. Gallas, Lange und Dreher in Ndschr. 13. Band, S. 395; Welzel LB § 14 I 3a.

2. § 355

Dreher und Blei beurteilen die Formulierung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" in § 355 als Tatbestandsmerkmal.³⁰²⁾ Welzel, Lange und von Jaschke nehmen dagegen einen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe an.³⁰³⁾ Der Entwurf 1962 erwähnt in § 472 I das Merkmal "unbefugt". Er will damit kein Tatbestandsmerkmal bezeichnen, sondern auf die Möglichkeit des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen aufmerksam machen. Der Vorsatz brauche sich nicht auf die Unbefugtheit zu erstrecken. Ein Irrtum hierüber sei Verbotsirrtum.³⁰⁴⁾

Die Wendung "in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" bezieht sich auf das Eröffnen oder Unterdrücken der einer Telegrafenanstalt anvertrauten Telegramme durch Postbeamte oder diesen gleichgestellte Personen. Rechtsgüter des § 355 sind das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) und das Vertrauen der Allgemeinheit in das ordnungsmäßige Funktionieren des Fernmeldeverkehrs. Die Einwilligung der betroffenen Privatperson schließt die Strafbarkeit nicht aus, da sie über das geschützte Rechtsgut nicht verfügen kann. Ohne die unrechtsbetonende Bezeichnung wird der Deliktstypus vom Gesetz erschöpfend beschrieben. Sie bewertet das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten und ist somit allgemeines

302) Schwarz-Dreher § 355 Anm. 3A, B; Blei S. 214f.

303) Welzel LB § 14 I 2c, 3a, § 78 D IV 2; Kohlrausch-Lange § 355 Anm. V, VI; von Jaschke S. 53, 62.

304) Begr. S. 662, 664.

Verbrechensmerkmal. Die Vorschrift will außer auf die im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe (z.B. § 1 I des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz, §§ 99ff StPO, § 12 FernmAnlG) auch auf ungeschriebene Erlaubnissätze (übergesetzlicher Notstand) hinweisen.

Meint der Täter irrig, ihm stehe ein gesetzlicher oder übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund zurSeite so erliegt er einem Verbotsirrtum. Beruht der Irrtum auf der Annahme rechtfertigender Umstände, so entfällt nach der eingeschränkten Schuldtheorie die Vorsatzstrafe.

Ergebnis: "In anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen" in § 355 ist allgemeines Verbrechensmerkmal.

L. Die Bedeutung des Ausdrucks "eigenmächtig" in
§ 109c I, III, §§ 15, 16 WStG

Für Zivilisten enthalten die Bestimmungen des § 109c I, III als Ausnahmen von § 1 III WStG eine Spezialregelung der Anstiftung und Beihilfe zur Fahnenflucht (§ 16 WStG). Aus dem Wort "verleiten" ergibt sich nicht, daß der Täter auch unvorsätzlich handeln könne.³⁰⁵⁾ Der Hinweis Langes (aaO) auf die Bedeutung dieses Merkmals in §§ 160, 170, 179 schlägt nicht durch. Derselbe Ausdruck kann bei Verwendung in mehreren Gesetzen jeweils einen anderen Sinn haben. Der abweichende Inhalt von "verleiten" in § 109c läßt sich der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift entnehmen. Die Teilnahme wurde nur deshalb verselbstständigt, um eine einfache entsprechende Anwendung auf die Truppen der NATO-Vertragsstaaten zu ermöglichen.³⁰⁶⁾ Außerdem ist eine Fahnenflucht ohne die charakteristische Absicht des Täters und ohne Kenntnis von der sozialen Bedeutung der Tat nicht denkbar.³⁰⁷⁾

Der Vorsatz des Teilnehmer muß sich auf die zum Tatbestand der Haupttat gehörenden Tatumstände erstrecken. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat ist nicht notwendig. Ein Irrtum über die Tatumstände der Haupttat ist auch für den Teilnehmer Tatstandsirrtrum, ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Haupttat Verbotsirrtrum.³⁰⁸⁾ Die Abgrenzung von Tat-

305) Maurach BT § 64a II C 1; a.A. Kohlrausch-Lange § 109c Anm.II.

306) Begründung zu dem Entwurf eines Vierten Strafrechtsänderungsgesetzes S. 10f, 12.

307) Dreher-Lackner-Schwalm § 16 Rdnr 27.

308) Welzel LB 16 II 3 und III 4.

bestands- und Verbotsirrtum beim Anstifter und Gehilfen entspricht der beim Täter. Es soll deshalb die Rechtsnatur von "eigenmächtig" an Hand der §§ 15ff WStG untersucht werden. Da die Fahnenflucht nur eine Qualifizierung der eigenmächtigen Abwesenheit ist³⁰⁹⁾ und die unrechtsbetonenden Wendungen in § 15 und § 16 WStG dasselbe bedeuten,³¹⁰⁾ beschränkt sich die Prüfung auf § 15 WStG. Die Strafdrohung des § 109c bezieht sich freilich nur auf die Teilnahme eines Zivilisten an der Fahnenflucht.

Roxin, Arndt und Lackner sehen in "eigenmächtig" nur ein Rechtswidrigkeitsmerkmal.³¹¹⁾ Dreher, Kohlhaas und Schäfer behaupten dagegen, dieser Begriff umschreibe kein allgemeines Verbrechenmerkmal, sondern ein Tatbestandsmerkmal.³¹²⁾ Er dürfe mit der Rechtswidrigkeit der eigenmächtigen Abwesenheit als allgemeinem Verbrechenmerkmal nicht verwechselt werden. Er bedeute, daß der Täter auf Grund seines eigenen Entschlusses ohne die erforderliche Einwilligung eines zuständigen Vorgesetzten handle. Willige der Vorgesetzte ein, so fehle die Tatbestandsmäßigkeit. Nach Welzel ist "eigenmächtig" in §§ 15ff WStG, § 109c nicht nur ein spezielles Rechtswidrigkeits-, sondern auch ein spezielles Schuldmerkmal.³¹³⁾

309) Dreher-Lackner-Schwalm § 16 Rdnr 19, 29.

310) Dreher-Lackner-Schwalm § 16 Rdnr 11.

311) Roxin S. 81, 158; Arndt S. 153f; Lackner-Maassen § 109c Anm. 2.

312) Dreher-Lackner-Schwalm § 15 Rdnr 1, 15ff, 25, 26; Kohlhaas § 15 WStG Anm. 7; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 15 WStG FN 2, S. 536.

313) Welzel LB § 14 I 2c, § 22 III 4; vgl. auch Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, FN 40, S. 279f.

Es verlange ein Verhalten (objektiv) ohne Berechtigung und (subjektiv) in Kenntnis dieses Berechtigungsmangels. Lemp vertritt den Standpunkt, das unrechtsbetonende Merkmal verweise stillschweigend auf außerstrafrechtliche Normen.³¹⁴⁾ Er nimmt also ein Blankettmerkmal an.

Rechtsgüter des §§ 15, 16 WStG sind die für eine Truppeneinheit lebenswichtige Erhaltung jederzeitiger Dienstbereitschaft und die Gewährleistung des vollen Mannschaftsbestandes.³¹⁵⁾ Die Fahnenflucht weist daneben als besonderen Handlungsunwert einen Treuebruch auf.³¹⁶⁾ Die Abwesenheit mit Genehmigung des Vorgesetzten indiziert nicht die Rechtswidrigkeit. Wer z.B. einen genehmigten Erholungsurlaub an der Nordsee verbringt, handelt wegen der sozialen Adäquanz seines Tuns nicht tatbestandsmäßig. Die Einwilligung des zuständigen Vorgesetzten hat tatbestandsausschließende, nicht erst rechtfertigende Wirkung. Ohne das Wort "eigenmächtig" wird der Deliktstypus vom Gesetz nicht erschöpfend umschrieben.

Nach der Amtlichen Begründung zu dem Entwurf eines Wehrstrafgesetzes³¹⁷⁾ wurde das früher gebrauchte "unbefugt" durch "eigenmächtig" ersetzt, um Vermutungen auszuschließen, es handele sich um ein Rechtspflichtmerkmal, das vom Vorsatz nicht umfaßt sein müsse. Es sollen dagegen nur die Fälle erfaßt werden, in denen der Täter wisse oder billigend in Kauf nehme, daß ihm die Abwesenheit nicht gestattet

314) SchwZStR 76. Band, S. 412.

315) Dreher-Lackner-Schwalm § 15 Rdnr 3, § 16 Rdnr 1.

316) Dreher-Lackner-Schwalm § 16 Rdnr 1.

317) Bundestagsdrucksache - 2. Wahlperiode 1953 - Nr. 3040, S. 26.

worden sei. Diese Erwägungen lassen darauf schließen, daß der Vorsatz sich auf das Merkmal "eigenmächtig" erstrecken soll, aber nur insoweit, als er die den Berechtigungsmangel begründenden Umstände betrifft. Ein darüber hinausgehender Irrtum über die Wertung als "eigenmächtig" soll Verbotsirrtum sein.

Welzels Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sie steht in Widerspruch zur Entstehungsgeschichte und ersetzt ohne Grund die Schuldtheorie durch die Vorsatztheorie. Besonderheiten des Wehrstrafrechts verlangen diese Auslegung nicht. Die militärischen Notwendigkeiten erfordern im Gegenteil die Anwendung der Schuldtheorie, wenn die Erhaltung jederzeitiger Dienstbereitschaft und die Gewährleistung des vollen Mannschaftsbestandes wirkungsvoll gesichert werden sollen. Das Wort "eigenmächtig" ist deshalb kein spezielles Schuldmerkmal.

Ist die Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung ohne den Ausdruck "eigenmächtig" unvollständig, so ist er dennoch kein Tatbestandsmerkmal, auch nicht mit der engeren Bedeutung von "ohne Einwilligung des Vorgesetzten". Es gibt weitere Fälle, in denen der Soldat (kraft Gesetzes) seine Truppe oder Dienststelle verlassen oder ihr fernbleiben darf (z. B. Verlassen der Dienststelle, um die außerhalb des Standortes gelegene Wohnung aufzusuchen, § 18 Soldatengesetz; Verlassen der Dienststelle während der Freizeit oder der Zeit allgemeiner Dienstbefreiung zu Ostern, Pfingsten, Weihnachten und Neujahr). Hierbei wird davon ausgegangen, daß die in §§ 15, 16 WStG verwendeten Tätigkeitswörter in einem räumlichen Sinne zu verstehen sind, nämlich als Ortsveränderungen,

durch die sich der Soldat der unmittelbaren Eingliederung in die Truppe entzieht.³¹⁸⁾ Diese Auslegung wird meines Erachtens dem Schutz jederzeitiger Dienstbereitschaft und der Gewährleistung des vollen Mannschaftsbestandes am besten gerecht. Das Wort "eigenmächtig" ist ein Blankettmerkmal. Es verweist konkludent auf die Vorschriften, die den Aufenthalt bei der Truppe oder Dienststelle regeln. Es bedeutet "den Vorschriften über den Aufenthalt bei der Truppe oder Dienststelle zuwider". §§ 15, 16 WStG sind Blankettstrafgesetze.

Die Irrtumsbehandlung folgt den für Blankettstrafgesetze geltenden Regeln. Bei einem Irrtum über das Merkmal "eigenmächtig" muß demgemäß unterschieden werden. Nimmt der Soldat irrig an, die Urlaubserlaubnis des zuständigen Vorgesetzten sei erteilt worden, so erliegt er einem Tatbestandsirrtum. Er irrt über einen zu einer Ausfüllungsnorm (§ 1 Soldatenurlaubsverordnung in Verbindung mit § 2 der Verordnung über den Erholungsurlaub der Bundesbeamten und Richter im Bundesdienst) und damit zum Tatbestand gehörenden Tatumstand. Kennt er den Mangel der Erlaubnis, hielt er aber eine Erteilung nicht für notwendig (z.B. bei einem Todesfall in der Familie, § 7 Soldatenurlaubsverordnung), so befindet er sich in einem Verbotsirrtum. Die Falschvorstellung betrifft den Geltungsbereich der Ausfüllungsnorm.

Ergebnis: "eigenmächtig" in §§ 15, 16 WStG, § 109c I, III ist Blankettmerkmal; es bedeutet "den Vorschriften über den Aufenthalt bei der Truppe oder Dienststelle zuwider".

318) Dreher NJW 1968, S.851; a.A. BGH NJW 1968, S. 511, der vornehmlich auf den Willen des Soldaten abstellt, sich aus dem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis einseitig zu lösen und alle Bindungen zur Truppe und zu seiner Dienststelle abzuwerfen.

M. Die Bedeutung des Ausdrucks "ohne behördliche Erlaubnis"

1. Vorbemerkung: Geltung der Schuldtheorie auch im Bereich der Ordnungswidrigkeiten

Gesetzliche Sanktionen werden häufig an Verhaltensweisen geknüpft, die "ohne behördliche Erlaubnis", "ohne polizeiliche Genehmigung", "ohne ausdrückliche Ermächtigung der zuständigen Behörde", "ohne obrigkeitliche Genehmigung" usw. ausgeführt werden.

Solche Handlungen finden sich vornehmlich im Bereich der Ordnungswidrigkeiten. Es ist fraglich, ob auch für Zuwiderhandlungen die Schuldtheorie gilt oder ob nicht hier die Vorsatztheorie anzuwenden ist. Dazu soll kurz Stellung genommen werden.

Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, daß die Grundsätze der Schuldtheorie auch bei den Ordnungswidrigkeiten zu befolgen sind (BGHSt 2, 203; 19, 299; 21, 20f). Im Schrifttum ist die Lösung dieses Problems heftig umstritten.³¹⁹⁾

319) Für Anwendung der Schuldtheorie:

Welzel LB § 22 III 2 und 4, JZ 1956, S.238ff, JZ 1957, S.131ff; Maurach AT § 1 III B2, § 37 I B3; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 59 FN 1b, S.78; Kääb-Rösch Art.2, Rdnr 24; Rösch-Meiser Vor Art. 15, Rdnr 7; Netzler S. 66ff; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, FN 40, S.279f; Roxin S.119; Rotberg § 11 Rdnr 2, § 12 Rdnr 5ff; Warda, Blankettstrafgesetze, S. 36ff; Göhler § 6 Anm.3A.

Für Anwendung der Vorsatztheorie:

Kohlrausch-Lange System. Vorbem. IV 4 b, § 59 Anm. IV 5, V 3d, Lange JZ 1956, S.73ff, S.519ff, JZ 1957, S. 233ff; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 191ff, Schuldprinzip, S.136f; Michels S.112ff, mit weiteren Nachweisen FN 357, S.114; wohl auch Bockelmann ZStW 70.Band, S.643ff.

Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht mögen qualitativ etwas Verschiedenes sein.³²⁰⁾ Es mag auch zutreffen, daß das Recht der Ordnungswidrigkeiten keine Rechtsgüter im eigentlichen Sinne schützt. Es kann aber meines Erachtens nicht zugegeben werden, daß es sich um bloßen Ungehorsam handelt.³²¹⁾ Das ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu vermuten. Ge- und Verbote beschränken die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Die den Gesetzen mit Bußgeldandrohungen zugrundeliegenden Normen sind gerechtfertigt, weil sie infolge des Schutzes überwiegender Interessen der Allgemeinheit zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören. Der Gesetzgeber stellt Normen auf, die eine Ordnung zur Erreichung eines aus sicherheits-, sozial-, wirtschafts-, gesundheitspolitischen oder aus ähnlichen Gründen erstrebten Zieles herstellen, und bewehrt die Normen, um sie wirksam zu machen, mit einer Bußdrohung (BayObLGSt 1961, S.83).

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer vorsätzlich begangenen Ordnungswidrigkeit ist nach den Grundsätzen der Schuldtheorie zu behandeln. Aus 6 III OWiG n.F. ergibt sich, daß der Vorsatz nicht ausgeschlossen wird, wenn dem Täter das Unrechtsbewußtsein fehlte. Ist der Verbotsirrtum vorwerfbar, so bleibt die Tat trotz des Irrtums eine Vorsatztat. In diesem Fall ist weder § 6 I noch § 6 III OWiG n.F. anwendbar. Der Gesetzgeber hat sich damit

320) Vgl. den Meinungsstand bei Eberhard Schmidt Ndschr. 1. Band, S. 333ff; Käbb-Rösch Einführung Rdnr 34ff, Michels S.5ff; Netzler S. 57ff; Göhler Vor § 1 Anm. 2.

321) Vgl. die Beispiele bei Welzel JZ 1956, S. 240.

für die Schuldtheorie entschieden.³²²⁾ Der Hinweis Langes³²³⁾, aus der vielfach in Bußgeldvorschriften vorgesehenen Möglichkeit vorsätzlicher und fahrlässiger Begehungsweise ergebe sich das Erfordernis der Verbotskenntnis, weil Tatfahrlässigkeit kaum denkbar sei, ist meines Erachtens nicht überzeugend.³²⁴⁾ Fälle von Tatfahrlässigkeit kommen durchaus vor. Der Gesetzgeber nennt die Schuldform der Fahrlässigkeit ausdrücklich, um zweifelsfrei erkennbar zu machen, daß sich die Bußdrohung nicht nur auf Vorsatztaten bezieht. Nach § 5 OWiG n.F. kann als Ordnungswidrigkeit nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht.

Lange und Michels meinen, die die Ordnungswidrigkeiten beschreibenden Gesetze, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangten, schlossen kraft Spezialität die Anwendung des § 12 OWiG a.F. (jetzt § 6 III OWiG n.F.), einer Bestimmung des "bloß dienenden allgemeinen Teils", aus.³²⁵⁾ Dieser Ansicht kann ebenfalls nicht beigespflichtet werden. Ob die Strafbarkeit bei den vorsätzlichen Ordnungswidrigkeiten auf die Verbotskenntnis beschränkt ist, ist umstritten. Die Frage der Geltung von Vorsatz- oder Schuldtheorie ist von allgemeiner und großer praktischer Bedeutung. Es ist üblich, solche Fragen im allgemeinen Teil zu regeln. Die gegenteilige Meinung würde zu einer Aufhebung des § 6 III OWiG n.F.

322) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten S. 46.

323) JZ 1956, S. 73f.

324) ebenfalls a.A. Netzler S. 68ff.

325) Lange JZ 1956, S. 74; Michels S. 126.

führen. Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe soll zwar wieder nach der Schuldtheorie behandelt werden. Dieser Fall ereignet sich aber im Vergleich zur Unkenntnis des abstrakten Verbots nur ganz selten.

Lange kann auch nicht zugestimmt werden, wenn er behauptet, der Gesetzgeber habe bei Blankettstrafgesetzen die Anwendung der Vorsatztheorie befohlen. 82) Diese Gesetzesform wird aus rein gesetzestech-nischen, schuldunabhängigen Gesichtspunkten verwendet. Sie ist besonders dann zweckmäßig, wenn die Strafdrohung sich auf Ge- oder Verbote bezieht, die zeitlich oder örtlich schwankenden Verhältnissen angepaßt werden müssen, oder wenn Wiederholungen durch eine einheitliche Strafdrohung vermieden werden können. Solche Erwägungen lassen keinerlei Schlüsse auf eine mangelnde Unwertqualität oder eine fehlende Impulswirkung des Tatbestandsvorsatzes zu. Blankettstrafgesetze sind auch im Kriminalstrafrecht zu finden. Umgekehrt gibt es auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten geschlossene Bußgeldvorschriften.

Die Anwendung der Schuldtheorie schließt aus, daß der pflichtvergessene und bedenkenlose Bürger vor dem skrupelhaften bevorzugt wird. Ihre Grundsätze sind so elastisch, daß auch in Fällen mit sehr geringer Indizwirkung des Tatbestandes die Möglichkeit zur Korrektur besteht. Ist der Verbotsirrtum nicht vorwerfbar, so sind Schuld und Strafe ausgeräumt. Die Beibehaltung der Schuldtheorie auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten verstößt daher nicht gegen das Schuldprinzip oder kriminalpolitische Forderungen.

Die Bevorzugung der Vorsatztheorie könnte letzten

Endes nur mit der Berufung auf eine fehlende Warnfunktion des Tatentschlusses begründet werden. Wenn die Impulswirkung des Tatbestandsvorsatzes im Bereich der Ordnungswidrigkeiten auch wesentlich schwächer sein mag als im Kriminalstrafrecht, so ist sie doch auch hier vorhanden. Die den bußgeldbewehrten Normen zugrundeliegenden Wertungen sind von jedermann nachvollziehbar. Sollen reine Verwaltungsinteressen gewahrt werden, so wissen die betroffenen Berufs- und Gewerbekreise meistens Bescheid. Sie sind es oft, die den Staat zum Erlass entsprechender Regelungen drängen.

Die Schuldtheorie gilt somit auch für Ordnungswidrigkeiten. Dies ergibt sich aus der in § 6 III OWiG n.F. getroffenen gesetzlichen Anordnung. Sie ist materiell gerechtfertigt, weil bei der Verwirklichung des Tatbestandes einer Bußgeldvorschrift der Tatentschluß geeignet ist, eine Warn- und Hemmungswirkung auszulösen.

2. Die Irrtumsbehandlung bei dem Ausdruck "ohne behördliche Erlaubnis"

Die überwiegende Meinung im Schrifttum beurteilt die behördliche Erlaubnis als Rechtfertigungsgrund.³²⁶⁾ Andere Autoren nehmen dagegen einen zum Tatbestand

326) Maurach BT § 41 II A 3 a.E.; Welzel LB § 14 I 2, 3a, § 22 III 1c, § 57 I, § 66 II; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 186; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 154, 160, 220, 99, FN 31 auf S. 99; LK Vor § 51 Bem. 10 i, aa.

gehörenden Tatumstand an.³²⁷⁾ Dreher ist der Ansicht,³²⁸⁾ die behördliche Erlaubnis im öffentlichen Recht entspreche der Einwilligung im privaten. Sie schließe den Tatbestand aus, wenn dessen Unrechtsmaterie erst bei ihrem Fehlen gegeben sei (z.B. § 284), während sie rechtfertige, wenn die Behörde durch die Erteilung auf den sonst gegebenen Rechtsschutz verzichte (z.B. bei § 93 a.F.). Ähnlich unterscheidet neuerdings auch Goldmann.³²⁹⁾ Die behördliche Erlaubnis habe tatbestandsausschließende Wirkung, wenn bei ihrem Fehlen die betreffende Handlungsweise das geschützte Rechtsgut überhaupt nicht oder nicht in einer für das Sozialleben grundsätzlich unerträglichen Weise berühre. Um einen Rechtfertigungsgrund handele es sich, wenn der jeweiligen Tathandlung ein unabhängig vom Genehmigungsmangel bestehender Unrechtsgehalt zukomme, der schon für sich tragender Grund einer entsprechenden Verbotsmaterie sein könne. Auch der Entwurf 1962 charakterisiert die behördliche Erlaubnis einmal als

327) Von Jaschke S. 62; Armin Kaufmann S. 250 (negatives Tätermerkmal).

328) Schwarz-Dreher Vor § 51 Anm. 2c, § 284 Anm. 3. Siehe auch Lackner-Maassen vor § 51 Anm. I 1, § 284 Anm. 5; Kääb-Rösch Art. 2, Rdnr 20a, 37.

329) Goldmann S. 77, 81f, 92f, 106, 195, 243. Nach Goldmann ist das Fehlen der behördlichen Erlaubnis Tatbestandsmerkmal, wenn monopol- und regelwidrige Handlungen, Mißachtungen staatlicher Organisationsgewalt und Autorität, Marktordnungs- und Wirtschaftsdelikte oder überwachungsbedürftige Handlungen beschrieben werden (S. 81ff, 84ff). Die behördliche Erlaubnis sei vornehmlich bei abstrakten Gefährdungsdelikten Rechtfertigungsgrund (S. 128ff).

Tatbestandsmerkmal, das andere Mal als Rechtfertigungsgrund.³³⁰⁾ Die herrschende Auffassung behandelt den Irrtum über das Vorliegen der behördlichen Erlaubnis als Tatbestandsirrtum und den Irrtum über die Erforderlichkeit einer behördlichen Erlaubnis als Verbotsirrtum.³³¹⁾ Einige Schriftsteller halten beide Fehlvorstellungen für Verbotsirrtümer, weil sie die behördliche Erlaubnis als Rechtfertigungsgrund betrachten und einen Irrtum über ihre Erteilung den Grundsätzen der strengen Schuldtheorie unterwerfen.³³²⁾

Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht die Bedeutung der behördlichen Erlaubnis, die sie bei den einzelnen Strafvorschriften und Bußgeldbestimmungen besitzt, untersucht werden. Es sollen lediglich einige allgemeine Hinweise zur Auslegung dieses Merkmals gegeben werden.

Strafgesetze und Geldbuße androhende Normen, die das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis als Voraussetzung der Strafbarkeit verlangen, sind ein den verwaltungsrechtlichen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt aufgepfropften Sanktionsrecht. Die Rechtsna-

330) Begr. S. 545, 454.

331) BGHSt 4, 352; BayObLGSt 1958, S. 229f, 1959, S. 257, 1960, S. 306; KG NJW 1958, S. 921. Lackner-Maassen § 284 Anm. 6; LK § 284 Anm. 6; Schwarz-Dreher § 284 Anm. 3; Schönke-Schröder § 284 Rdnr 23, § 286 Rdnr 20, § 368 Rdnr 85; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 284 FN 4e, S. 357; Käab-Rösch Art. 2, Rdnr 37; Rösch-Meiser Art. 13 Rdnr 44ff; Roxin S. 153f; Warda, Blankettstrafgesetze, S. 38f.

332) Maurach BT § 41 II A 3 a.E.; Welzel LB § 14 I 2, 3a, § 22 III 1c, § 57 I, § 66 II; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 186. Ebenso Goldman S. 16f, 107ff, 247, für den Fall, daß die behördliche Erlaubnis ein Rechtfertigungsgrund ist.

tur der behördlichen Erlaubnis ist dem Wesen dieser Rechtsfigur zu entnehmen. Die Verbote mit Erlaubnisvorbehalt lassen sich nach materiellen Gesichtspunkten in zwei Gruppen einteilen.³³³⁾ "Auf der einen Seite stehen die Fälle, in denen der Erlaubnisvorbehalt Verhaltensweisen betrifft, die grundsätzlich sozial wertvoll oder wenigstens wertneutral sind. Hier will das Gesetz nicht eigentlich verbieten, es will vielmehr der Verwaltung ein bloßes Kontrollrecht einräumen. Um dieses wirkungsvoll auszugestalten, wird das betreffende Verhalten davon abhängig gemacht, daß der einzelne eine Erlaubnis einholt und dadurch der Behörde Gelegenheit zur Prüfung gibt. Das ausgesprochene Verbot hat also nur formale und präventive Bedeutung. Demgegenüber sollen bei der zweiten Fallgruppe die betreffenden Tätigkeiten tatsächlich unterdrückt werden, weil der Gesetzgeber sie als grundsätzlich sozialschädlich ansieht. Es handelt sich also um ein wirkliches repressives Verbot. Da aber dieses Verbot dennoch aus bestimmten Gründen nicht ausnahmslos durchgeführt werden soll, fügt das Gesetz einen Erlaubnisvorbehalt hinzu." (Friauf aaO). Aus dem unterschiedlichen Wesen der Verbote mit Erlaubnisvorbehalt ergibt sich, daß die behördliche Erlaubnis bei präventiven Verboten Tatbestandsmerkmal und bei den repressiven Verboten Rechtfertigungsgrund ist. Die präventiven Verbote bezeichnen Verhaltensweisen, die, wenn man vom Fehlen der behördlichen Erlaubnis absieht, sozialadäquat und nicht fähig sind, die Rechtswidrigkeit zu indizieren. So ist z.B. das Bauen (§ 367 I Nr. 15, BVerwG

333) Friauf JuS 1962, S.423. Siehe auch BVerfGE 20, 150, und Käßb-Rösch Einführung RdNr 54ff, 58ff.

NJW 1965, S. 548) ein Vorgang, der sich im Rahmen der geschichtlich gewordenen Sozialordnung hält und vom Gesetzgeber sogar gefördert wird. Erst das Fehlen einer Baugenehmigung läßt das Bauen anstößig erscheinen. Die fehlende Baugenehmigung ist deshalb (negativ gefaßtes) Tatbestandsmerkmal. Andererseits indizieren z.B. die Herstellung, der Vertrieb und der Besitz von Sprengstoffen (§§ 1 I, 9 I SprengstG) wegen der damit verbundenen Gemeingefahr ohne weiteres die Rechtswidrigkeit. Es handelt sich um ein repressives Verbot. Die polizeiliche Genehmigung ist hier Rechtfertigungsgrund.

Die unterschiedliche Bewertung der behördlichen Erlaubnis hat für die Anhänger der eingeschränkten Schuldtheorie nur geringe praktische Bedeutung. Für die Vertreter der strengen Schuldtheorie ist sie wesentlich. Die repressiven Verbote beschreiben sozialschädliche Verhaltensweisen, bei denen der Vorsatz Warnfunktion auszuüben vermag, ohne daß er sich auf das Fehlen der Genehmigung beziehen müßte. Bei den präventiven Verboten will die Verwaltungsbehörde nur eine Kontrollmöglichkeit zur Verfügung haben. Diese Normen knüpfen an sozial wertvolle oder wertneutrale Handlungen bzw. Unterlassungen an. Der Tatentschluß kann hier nur dann tathemmend wirken, wenn er zugleich das Fehlen der Genehmigung mitumfaßt. Ein Hilfsmittel für die Trennung beider Verbotsarten ist die Auslegung an Hand der angeordneten Strafen.³³⁴⁾ Bei den repressiven Verboten sieht das Strafgesetz für einen Verstoß erheblich

334) Vgl. Germann SchwZStr 79. Band, S. 377; Schönke-Schröder § 2 Rdnr 39; BGH NJW 1966, S. 555, 556.

höhere Strafdrohungen vor. Bei einer Zuwiderhandlung gegen ein repressives Verbot kann die Verwaltungsbehörde den Erfolg beseitigen, bei der Zuwiderhandlung gegen ein präventives Verbot nicht, wenn ansonsten den materiell-rechtlichen Vorschriften entsprochen wurde. Ist die erteilte Erlaubnis widerrufen, so handelt es sich zumeist um die Befreiung von einem repressiven Verbot.

Bei den Strafgesetzen und Bußgeldbestimmungen, die präventive Verbote sanktionieren, muß stets, soweit nicht schon geschehen, das Wort "erforderlich" eingefügt werden. Da sie sozialadäquate Verhaltensweisen betreffen, sind diese nur dann mit Strafe bzw. Geldbuße bedroht, wenn der Täter einer behördlichen Erlaubnis bedarf und sie nicht erteilt wurde. Existiert im Verwaltungsrecht kein entsprechendes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, so ist das in der Sanktionsnorm umschriebene Verhalten auch dann rechtmäßig, wenn keine behördliche Erlaubnis vorlag. Das Merkmal "erforderlich" verweist auf die Gesetze des öffentlichen Rechts, die ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt enthalten. Der Ausdruck "erforderlich" ist Blankettmerkmal. Das Strafgesetz, dem er angehört, ist ein Blankettstrafgesetz.³³⁵⁾ Ausfüllungsnorm ist die Vorschrift, die das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vorsieht. Die Irrtumsbehandlung folgt den bekannten Regeln. Glaubt der Täter irrig, die erforderliche Erlaubnis sei erteilt worden, so irrt er über einen zur Ausfüllungsnorm und damit zum Tatbestand gehö-

335) Vgl. BVerfG NJW 1968, S. 1083, 1085; Kaab-Rösch Einführung Rdnr 225; Schwarz-Dreher § 367 Anm. 4; Schöne-Schröder § 2 Rdnr 49, § 367 Rdnr 26.

T E I L I V

=====

ZUSAMMENFASSUNG UND AUSWERTUNG DER ERGEBNISSE

Die vorliegende Arbeit gelangt zu folgenden Ergebnissen:

Die untersuchten unrechtsbetonenden Ausdrücke sind:

1. Tatbestandsmerkmale, und zwar in §§ 94 I Nr. 1, 95, 97, 127 ("ohne gesetzliche Befugnis"), 132, 136, 242, 246, 248c I, 249, 290, 298 I, II, 299, 353 I, 356, 360 I Nr. 7, 368 Nr. 9;
2. allgemeine Verbrechensmerkmale, davon
 - a) Hinweise auf Rechtfertigungsgründe, und zwar in §§ 109e, 123, 124, 127 ("unbefugterweise"), 168, 239, 277, 296a, 300 I, II 2, 303, 304, 305, 341, 353b, 353c I, II, 353d II, 354, 355, 368 Nr. 10, 368 Nr. 10a, 370 I Nr. 1, 370 I Nr. 2;
 - b) Hinweise auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit, und zwar in §§ 105, 106, 108, 240, 253 ("rechtswidrig"), 315a I Nr. 2;
3. Blankettmerkmale, und zwar in §§ 107a, 132a, 109c I, III, §§ 15, 16 WStG;
4. gänzlich überflüssige Merkmale (deren Hervorhebung weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig ist), und zwar in §§ 248c III, 253 ("zu Unrecht"), 263, 289, 298 IV 3, 300 III, 353 II; die Hervor-

hebung von "befugter oder unbefugter" in § 353d
II ist dogmatisch nicht notwendig, aber zweckmäßig.

Die fehlende behördliche Erlaubnis ist bei repressiven Verboten Rechtfertigungsgrund und bei präventiven Verboten Tatbestandsmerkmal.

Es wurde versucht darzulegen, daß die unrechtsbetonenden Wörter nicht sind:

1. stets Tatbestandsmerkmale, allein wegen ihrer Hervorhebung in einem Strafgesetz (so von Liszt),
2. Tatbestandsmerkmale mit der Bedeutung des Widerspruchs zur gesamten Rechtsordnung,
3. Rechtspflichtmerkmale (so Welzel und Roxin).

Das Wort "eigenmächtig" in §§ 15, 16 WStG ist kein spezielles Schuldmerkmal (so Welzel). Der Verwendung eines solchen Merkmals durch den Gesetzgeber stehen jedoch keine dogmatischen Bedenken entgegen.

Für die Ermittlung der Rechtsnatur eines unrechtsbetonenden Ausdrucks gelten folgende Grundsätze:

Die bloße Erwähnung in einem Strafgesetz zwingt nicht zu der Annahme eines Tatbestandsmerkmals. Derselbe Begriff kann bei Gebrauch in mehreren Strafgesetzen verschiedene Bedeutung haben. Allein aus dem Wortsinne eines Merkmals kann also noch nicht auf seine Rechtsnatur geschlossen werden. Die Deutung einer unrechtsbetonenden Wendung hat im Wege der Auslegung des Strafgesetzes zu erfolgen, in dem sie sich befindet. Dabei sind mehrere Abgrenzungsmethoden nützlich, die aber nicht immer frei von Mängeln sind.

1. Ein Ausdruck ist Tatbestandsmerkmal, wenn er die spezifische Rechtsgutsverletzung sachlich-gegenständlich beschreibt.
2. Ein Ausdruck ist Tatbestandsmerkmal, wenn ohne ihn der Tatbestand unvollständig ist. Es kann sich jedoch auch um ein Blankettmerkmal oder ein allgemeines Verbrechenmerkmal als Hinweis auf die ausnahmsweise notwendige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit bei offenen Tatbeständen handeln.
3. Ein Ausdruck ist Tatbestandsmerkmal, wenn er sich auf ein einzelnes, den Unrechtsgehalt mitbegründendes Merkmal bezieht (vor allem als Eigenschaftswort). Ungelöst bleibt aber, welchen Inhalt er dann hat. Auch kann, wenn der Tatbestand ohne ihn bereits vollständig ist, statt eines Tatbestandsmerkmals ein gänzlich überflüssiges Merkmal vorliegen.
4. Ein Ausdruck ist bloßer Hinweis auf Rechtfertigungsgründe (allgemeines Verbrechenmerkmal), wenn auch ohne ihn der Tatbestand vollständig ist und er sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, sich also am Anfang oder Schluß der Beschreibung oder beim Zeitwort befindet.
5. Ein Ausdruck ist Hinweis auf die Erforderlichkeit positiver Feststellung der Rechtswidrigkeit (allgemeines Verbrechenmerkmal), wenn ohne ihn der Tatbestand wertneutrale Verhaltensweisen bezeichnet, ihm die Eignung zu sachlich-gegenständlicher Beschreibung fehlt und er sich nach seiner Stellung im Gesetz auf das gesamte rechtswidrige Verhalten bezieht.

6. Ein Ausdruck ist Blankettmerkmal, wenn ohne ihn der Tatbestand unvollständig ist und die Ausführungsnorm nicht nur der beschreibenden Erläuterung strafgesetzlicher Begriffe dient, sondern als Verbots- oder Gebotsnorm die Strafbarkeit konstitutiv begründet, bei ihrem Fehlen eine Bestrafung also unzulässig wäre.
7. Ein Ausdruck ist ein gänzlich überflüssiges Merkmal, wenn auch ohne ihn der Tatbestand vollständig ist und er sich nach seiner Stellung im Gesetz nicht auf das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten bezieht.

Die unrechtsbetonenden Formulierungen sind verhältnismäßig unbestimmt. Sie lassen sich jedoch angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit nicht immer vermeiden. Jedoch wird der Gesetzgeber im Interesse der Rechtsklarheit bestrebt sein, das verbotene Verhalten möglichst genau zu normieren. Gehört der Begriff im Einzelfall nicht zu den unrechtskonstituierenden Merkmalen, so kann seine Hervorhebung aus anderen Gründen zweckmäßig sein.

1. Bei Tatbestandsmerkmalen sollte der Gesetzgeber den sachlichen Inhalt des unrechtsbetonenden Wortes im Gesetz selbst angeben. So verwendet z.B. der Entwurf 1962 statt "pflichtwidrig" die Wendung "..., deren Interessen einander sachlich widerstreiten, ...".
2. Hinweise auf Rechtfertigungsgründe sind dogmatisch nicht notwendig. Sie sollten nur benutzt werden, wenn sie zweckmäßig sind. Dies trifft zu, wenn die Möglichkeit der Rechtfertigung in den vom Tatbestand umschriebenen Fällen besonders

häufig ist oder Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafrechts speziell geregelt sind. Daß es sich um einen Hinweis auf Rechtfertigungsgründe handelt, könnte durch die Formulierung "ohne daß ihm ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht" verdeutlicht werden.

3. Gegen Hinweise auf die ausnahmsweise positive Feststellung der Rechtswidrigkeit bestehen rechtsstaatliche Bedenken. Aber auch auf offene Tatbestände kann der Gesetzgeber nicht immer verzichten, wenn er keine Strafbarkeitslücken schaffen will. Oft können bereits durch Aufzählung von Beispielen die Verbotsgrenzen berechenbarer gemacht werden (vgl. z.B. § 35 I WStG).
4. Bei Blankettmerkmalen sollte der Gesetzgeber statt konkludenter Verweisungen ausdrückliche verwenden (BVerfGE 5, 25ff). Die Ausfüllungsnormen sind namentlich oder durch Bezeichnung des Gesetzes oder des Rechtsgebietes, dem sie angehören, zu benennen. Die Hervorhebung eines Blankettmerkmals ist zweckmäßig, wenn die Ausfüllungsnormen sich häufig ändern oder sehr zahlreich sind.
5. Gänzlich überflüssige Merkmale, deren Erwähnung weder dogmatisch notwendig noch zweckmäßig ist, sollten nicht in das Strafgesetz aufgenommen werden.

Lebenslauf

Am 8. Juni 1939 wurde ich als Sohn des Regierungsrates Gerhard Seume und seiner Ehefrau, Edith, geb. Engelmann, in Meiningen (Thüringen) geboren. Mein Vater fiel kurz vor Kriegsende bei einem Bombenangriff auf Würzburg.

Ich besuchte in Memmingen (Allgäu) die Volksschule und Höhere Handelsschule. 1955 trat ich in die Wirtschaftsoberrealschule Ulm (Donau) ein, wo ich zu Ostern 1958 das Abitur ablegte. Anschließend studierte ich in München und Erlangen Rechtswissenschaften. Im Termin 1962/II bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend". In der zweiten juristischen Staatsprüfung 1967/I erhielt ich die Note "gut".

Seit 2. Januar 1968 bin ich in der allgemeinen inneren Verwaltung als Regierungsassessor tätig. Zunächst arbeitete ich bei der Regierung von Schwaben in Augsburg. Am 1. Juli 1968 wurde ich in das Bayerische Staatsministerium des Innern, München, abgeordnet.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990
